ACO-UTR-382/2024

Processo	-	TC/002454/2004 (Tramitam em conjunto os processos TC/000847/2004 e TC/002454/2004)
Embargante	-	São Paulo Transporte S.A.
Objeto	-	Embargos de Declaração opostos em face do V. Acórdão de 25/09/2019 – Procuradoria da Fazenda Municipal e São Paulo Transporte S.A. – Recursos interpostos em face do V. Acórdão de 23/09/2015 – São Paulo Transporte S.A. e Araguaia Engenharia Ltda. – Acompanhamento – Execução contratual – Verificar se o Contrato 2003/118, cujo objeto é a prestação de serviços de manutenção civil corretiva e preventiva no Corredor exclusivo de Ônibus Passa Rápido Nove de Julho/Santo Amaro, do trecho Nove de Julho até a Rua Groenlândia, foram desenvolvidas, no mês de maio/2004, de acordo com os requisitos contratuais, bem como se os quantitativos medidos, passíveis de verificação, correspondem aos realizados

49ª Sessão Ordinária Não Presencial

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SPTRANS. Serviços de manutenção civil corretiva e preventiva. Opostos em face da decisão que julgou irregular o contrato. 1. Do último marco interruptivo, decorreram-se mais de 05 anos, o que enseja o reconhecimento da prescrição. 2. Preservada a função declaratória do provimento de mérito dos julgados nos Tribunais de Contas, inclusive no que diz respeito às eventuais determinações, recomendações e/ou outras providências de igual natureza. Art. 13, Res. TCMSP 10/2023. CONHECIDO. PREJUDICADO. Votação por maioria. PRESCRIÇÃO. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados englobadamente os processos TC/000847/2004 e TC/002454/2004, ora em sede de embargos de declaração, dos quais é Relator o Conselheiro EDUARDO TUMA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EDUARDO TUMA – Relator, com relatório e voto, RICARDO TORRES – Revisor e DOMINGOS DISSEI, por presentes os requisitos de admissibilidade, em conhecer dos embargos declaratórios e em declará-los prejudicados, pela perda do objeto, em face da prejudicial de mérito, mantendo-se, no mais, o

conteúdo declaratório do Acórdão proferido e reconhecendo os efeitos financeiros produzidos e, por unanimidade, a ocorrência da prescrição, nos termos do artigo 2º da Resolução 10/2023/TCMSP, afastando determinações que envolvam pretensões de natureza punitiva ou ressarcitória.

Vencido o Conselheiro JOÃO ANTONIO, que, com declaração de voto apresentada, julgou extintos desde logo os autos.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar, cumpridas as formalidades legais, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros RICARDO TORRES – Revisor, DOMINGOS DISSEI e JOÃO ANTONIO.

São Paulo, 22 de novembro 2023.

ROBERTO BRAGUIM – Vice-Presidente no exercício da Presidência
EDUARDO TUMA – Relator

/mfl

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 29/04/2024 10:16:15 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 29/04/2024 14:11:02 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

49ª SESSÃO ORDINÁRIA NÃO PRESENCIAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PLENO

TC nº 847/2004 – Embargos de Declaração (Análise)
Objeto: Prestação de serviços técnicos de engenharia de manutenção civil corretiva e preventiva no corredor de ônibus Nove De Julho/Santo Amaro.
Interessados: São Paulo Transporte S/A
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: Pleno

TC nº 2454/2004 – Embargos de Declaração (Acompanhamento)
Objeto: Execução contratual avaliar se as obras relativas ao corredor exclusivo de ônibus, passa rápido Nove de Julho, trecho túnel Nove de Julho - Rua Groenlândia, foram desenvolvidas, no mes de maio/2004, de acordo com os requisitos contratuais, bem como se os quantitativos medidos, passíveis de verificação, correspondem aos realizados.
Interessados: São Paulo Transporte S/A
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: Pleno

RELATÓRIO

Os TCs 847/2004 e 2.454/2004, ora julgados de forma englobada devido à conexão de matéria entre si, cuidam, nesta fase recursal, dos **Embargos de Declaração** opostos pela **São Paulo Transporte S/A – SPTrans**, em face dos Acórdãos que apreciaram, respectivamente, o Contrato nº 2003/118 e a execução contratual correspondente.

TC 847/2004

No TC 847/2004, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a São Paulo Transporte interpuseram recursos em face do Acórdão de peça 9, que julgou irregular o Contrato nº 2003/118 celebrado entre a São Paulo Transporte S.A. e Araguaia Engenharia Ltda, considerando que os serviços contratados não se caracterizam como de utilização habitual e rotineira.

Em 25/09/2019, o Pleno apreciou os referidos recursos na 3.060ª Sessão Ordinária, e prolatou o Acórdão de peça 18, mantendo a Aresto recorrido, nos seguintes termos:

"Vistos, relatados e discutidos englobadamente os processos TC/000847/2004 e TC/002454/2004, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON

> *SIMÕES. ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos recursos interpostos, uma vez que presentes os requisitos de admissibilidade.*
> ***ACORDAM**, ainda, por maioria, quanto ao mérito, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator e DOMINGOS DISSEI, em negar-lhes provimento, mantendo-se na íntegra o Acórdão recorrido, que considerou irregular o Contrato 2003/118. Vencido, no mérito, o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Revisor que, consoante voto proferido em separado, deu provimento aos recursos ordinários, para julgar regular o ajuste.*
> ***ACORDAM**, ademais, à unanimidade, em determinar o encaminhamento de ofício à recorrente, à empresa contratada e aos signatários do ajuste.*
> ***ACORDAM**, afinal, à unanimidade, em determinar o encaminhamento de ofício ao Ministério Público do Estado de São Paulo, acompanhado de cópia do relatório e voto do Relator e deste Acórdão, para o fim de informar o resultado do julgamento alcançado pelo Pleno, em atenção às diversas solicitações encaminhadas a este Tribunal de Contas"*

Devidamente intimados do 2º Julgado, a Contratada e os agentes responsáveis não se manifestaram, enquanto a SPTrans opôs Embargos de Declaração de peça 32, com o objetivo de suprir a alegada omissão do Acórdão, o qual, no seu entender, teria desconsiderado os seguintes pontos:

> *"1. **as manifestações da Auditoria haviam partido da premissa de irregularidade da Concorrência 017/SMSP/COGEL**, a qual – no momento de sua prolação – já havia sido considerada regular, portanto acolhida pelo TCM;*
> *2. **os serviços oriundos de tal ata eram rotineiros e habituais**, portanto legitimamente utilizados dentro de um Sistema de Registro de Preços, de modo que foram prestados para "manutenção, reparação e complementação da infraestrutura urbana" já consolidada, não importando em obra nova, o que restou decidido pelo Plenário no 2º Julgado do TC/004628/2003;*
> *3. a SPTrans havia efetivamente autuado um processo administrativo para a contratação em tela, porém não à maneira desejada pelos órgãos técnicos do TCM e nem à maneira como o TCM, à época, lidava com os seus expedientes, sendo que a licitude dessa autuação já foi pacificada em diversos julgados dessa Corte, que passou a adotar o **formalismo moderado**." (sic)*

Outrossim, a Embargante invocou o Acórdão prolatado no TC 4.628/2003 e cotejou-os com os fundamentos dos votos vencidos exarados no presente feito, aduzindo ser temerário, sob o prisma do princípio da segurança jurídica, "que uma mesma Corte julgue regular um determinado contrato e julgue outro irregular, ainda que tenham o mesmo objeto, a mesma prestação de serviços, o mesmo resultado fático e a mesma licitação como origem."

Em resumo, a Embargante, mirando a reconsideração do Julgado, justifica a apresentação dos aclaratórios, nos seguintes termos:

> *"No Acórdão que ora se respeitosamente combate, os argumentos da SPTrans foram ignorados pelo Relator, cuja **decisão foi pautada pelo posicionamento da Auditoria de que a SPTrans não teria trazido novos argumentos capazes de dissuadi-la** e de que o mero acolhimento da Concorrência nº 017/SMSP/COGEL/2022 não seria*

*suficiente para alterar o presente julgado. Assim, forçoso concluir-se pela superveniência de **omissão**." (sic)*

Ao manifestar-se sobre os embargos aclaratórios, a **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (peças 40/41 - 02/12/2022) verificou estarem atendidos os requisitos regimentais de admissibilidade e, no mérito, constatou que a alegado acolhimento da *Concorrência nº 017/SMSP/COGEL/2022* consta expressamente do Aresto, enquanto a Embargante não se ocupou do principal fundamento do Acórdão, qual seja, a incompatibilidade dos serviços contratados com os registrados na Ata de Registro de Preços.

Assim, opinou pelo conhecimento e rejeição dos Embargos de Declaração opostos pela SPTrans.

Em reforço, o Assessor Subchefe de AJCE destacou que o ponto considerado omisso nas razões dos aclaratórios, encontra-se "amplamente debatido nestes autos, não se prestando, os embargos declaratórios, para *reexame da justiça da decisão ou rediscussão da causa*."

A **Procuradoria da Fazenda Municipal** (peça 44 - 14/12/2022) requereu o provimento dos Embargos de Declaração opostos pela Origem, "para o fito de que sejam aclaradas as questões suscitadas nas razões de recurso apresentadas."

A **Secretaria Geral** (peça 46 – 27/06/2023), em seu pronunciamento, analisou os requisitos de admissibilidade do recurso e à vista do disposto no art. 144 "caput" do RITCM-SP e da tempestividade, posicionou-se pelo conhecimento dos Embargos.

Em 07/06/2023, foi publicada por este Tribunal de Contas do Município de São Paulo a Resolução nº 10/2023 que disciplinou o instituto da prescrição no âmbito desta Corte, seguindo os precedentes do Supremo Tribunal Federal, firmados nos Temas 666, 897 e 889 de repercussão geral.

Em face desta normatização, tornou-se direito subjetivo do interessado responsável pleitear o reconhecimento da prescrição de pretensão punitiva ou ressarcitória deste Tribunal que, inclusive, pode ser também aferida de ofício em qualquer fase do processo.

Neste contexto, buscando sanear processos possivelmente prescritos, foi encaminhado o presente feito à Assessoria Jurídica de Controle Externo que emitiu seu Parecer de peça 48, entendendo que incorreu a prescrição no que foi acompanhado pela Procuradoria da Fazenda municipal e pela Secretaria Geral desta corte de contas.

É o relatório do TC 847/2004.

TC 2.454/2004

Versa o TC 2.454/2004 do acompanhamento da execução do Contrato nº 2003/118, celebrado entre a São Paulo Transporte S.A. e Araguaia Engenharia Ltda, e julgado irregular pelo Pleno, na análise formal do ajuste, realizada no âmbito do TC 847/2004.

A execução contratual em comento igualmente foi julgada irregular, nos termos do Acórdão prolatado em 23/09/2015 (2.831ª Sessão Ordinária - peça 13), do qual constam, expressamente, os dois fundamentos conduziram o Pleno a assim decidir, a saber:

> *"ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, (...), em julgar irregular a execução do ajuste no período e valores auditados, considerando que na medição de março/2004 foram apropriados serviços não atinentes ao objeto do Contrato 118/2003 e que foram executados por meio de subcontratação, contrariando cláusula do ajuste, sendo certo que não foram trazidos elementos capazes de comprovar a reparação do equívoco, qual seja, o seu estorno, na medição de abril/2004."*

O Pleno acordou, ainda, por maioria de votos:

> *"em não aceitar os efeitos financeiros e patrimoniais produzidos, determinando a remessa de ofício à São Paulo Transporte S.A. – SPTrans para que adote as medidas cabíveis ao ressarcimento dos valores pagos na medição de março de 2004, não atinentes ao objeto da avença, devidamente corrigidos."*

A Procuradoria da Fazenda Municipal e a SPTrans interpuseram recursos buscando a reforma do Julgado, sendo que a Origem, reconhecendo a incorreção da medição de março de 2004, apresentou elementos que comprovam haver ocorrido a reparação do equívoco no mês subsequente – abril/2004.

Ao apreciar os recursos na 3.060ª Sessão Ordinária, realizada em 25/09/2019, o Pleno proferiu o Acórdão de peça 22, assim deliberando:

> *"ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos recursos interpostos, uma vez que presentes os requisitos de admissibilidade.*
> *ACORDAM, ainda, por maioria, quanto ao mérito, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator e DOMINGOS DISSEI, em dar-lhes parcial provimento, para o fim de excluir do Acórdão recorrido o fundamento de que não foram trazidos elementos quanto ao estorno dos serviços lançados indevidamente na medição de março/2004 e a determinação para a SPTrans adotar as medidas visando ao ressarcimento dos valores pagos na medição de março de 2004, uma vez que a Origem demonstrou a realização do correspondente estorno na medição do mês subsequente, mantendo-se, no mais, o Aresto recorrido..."*

Devidamente intimados do 2º Julgado, a Contratada e os agentes responsáveis não se manifestaram, enquanto a SPTrans opôs Embargos de Declaração de peças 39/40, com o objetivo de suprir a alegada contrariedade contida no Acórdão, relativa à manutenção da não aceitação dos efeitos financeiros após a correção da medição do mês de abril/2004, conforme assim argumentado pela Embargante:

> *"Porém,* ***a manutenção dos efeitos financeiros é contraditória com o reconhecimento de que os valores lançados indevidamente em março de 2004 foram efetivamente estornados na medição seguinte*** *(abril de 2004),* ***é contraditória com o cancelamento da determinação para que a SPTrans tome providências para se ver ressarcida disso e é contraditória com a exclusão do fundamento que justificaria a não aceitação dos efeitos financeiros.****"*

Por conseguinte, pretende "**seja suprimida a contradição** presente no 2º Acórdão, ora combatido e que foi prolatado nos autos do TC/002454/2004, a fim de, ao menos, acolher os efeitos financeiros da execução do Contrato nº 2003/118, consequentemente incluindo isso na parte decisória do 1º Acórdão."

A Assessoria Jurídica de Controle Externo (peças 49/50 – 07/12/2022), ao analisar os Embargos de Declaração, verificou estarem preenchidos os requisitos de admissibilidade merecendo ser conhecido.

Relativamente ao mérito, entendeu que, de conformidade com o Acórdão embargado e o voto condutor, a medição incorreta de março/2004 não se constituiu o único motivo para a não aceitação dos efeitos financeiros, mas também a constatada deficiência dos controles (maio/2004) e pagamentos com potencial prejuízo, restando esclarecido o ponto questionado e, não havendo contradição pretende-se revolver matéria já decidida e devidamente esclarecida, objetivo não condizente com o escopo dos aclaratórios.

Por tais motivos, a Área Jurídica opinou no sentido da rejeição dos Embargos de Declaração em apreço.

A seu turno, a Procuradoria da Fazenda Municipal (peça 52 - 14/12/2022) manifestou-se pelo provimento dos Embargos de Declaração opostos pela Origem, "para o fito de que sejam aclaradas as questões suscitadas nas razões de recurso apresentadas."

Ao pronunciar-se, a **Secretaria Geral** (peça 54 – 27/06/2023), analisou os requisitos de admissibilidade do recurso e à vista do disposto no art. 144 "caput" do RITCM-SP e da tempestividade, posicionou-se pelo conhecimento dos Embargos.

Em 07/06/2023, foi publicada por este Tribunal de Contas do Município de São Paulo a Resolução nº 10/2023 que disciplinou o instituto da prescrição no âmbito desta Corte, seguindo os precedentes do Supremo Tribunal Federal, firmados nos Temas 666, 897 e 889 de repercussão geral.

Em face desta normatização, tornou-se direito subjetivo do interessado responsável pleitear o reconhecimento da prescrição de pretensão punitiva ou ressarcitória deste Tribunal que, inclusive, pode ser também aferida de ofício em qualquer fase do processo.

Neste contexto, buscando sanear processos possivelmente prescritos, foi encaminhado o presente feito à Assessoria Jurídica de Controle Externo que emitiu seu Parecer de peça 56, entendendo que incorreu a prescrição no que foi acompanhado pela Procuradoria da Fazenda municipal e pela Secretaria Geral desta corte de contas.

É o relatório do TC 2.454/2004.

VOTO

Os TCs 847/2004 e 2.454/2004, ora julgados de forma englobada devido à conexão de matéria entre si, cuidam, nesta fase recursal, dos **Embargos de Declaração** opostos pela **São Paulo Transporte S/A – SPTrans**, em face dos vv. Acórdãos que apreciaram, respectivamente, o Contrato nº 2003/118 e a execução contratual correspondente.

O processo foi devidamente instruído, com manifestação dos Órgãos Técnicos deste Tribunal e da Origem.

Ensina a Professora Maria Helena Diniz que a prescrição é um **fato jurídico *stricto sensu***, independente de vontade humana:

> "*Fato jurídico stricto sensu é o acontecimento independente da vontade humana que produz efeitos jurídicos, criando, modificando ou extinguindo direitos. Dentre os fatos jurídicos stricto sensu sobreleva em importância o decurso do tempo, principalmente no que concerne à prescrição e à decadência, dada a enorme influência que exercem nas relações jurídicas, no que diz respeito à aquisição e à extinção dos direitos.*"[1]

Expande Flávio Tartuce que na "*prescrição ocorre a extinção da pretensão; todavia, o direito em si permanece incólume, só que sem proteção jurídica para solucioná-lo*."[2]

Explica o Ministro Edson Fachin no seu voto durante o julgamento do tema 897 de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal que:

> *"Como é sabido, a prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais e, assim, a uma dimensão específica do princípio da segurança jurídica, estruturante do Estado de Direito. Bem por isso, a regra geral no ordenamento jurídico é de que as pretensões devem ser exercidas dentro de um marco temporal limitado."*[3]

---

1 Diniz, Maria H. *Manual de direito civil*. Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Editora Saraiva, 2022, pg. 43.
2 Tartuce, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 10ªed, 2020, Rio de Janeiro, Editora Método.
3 RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019. Voto Ministro Edson Fachin, p. 04; p. 40 do Acórdão.

No tema da prescrição das pretensões do Tribunais de Contas explicava Jorge Ulisses Jacoby Fernandes em 2016 que "*conquanto o dever de ressarcir o erário possa ser imprescritível, as penalidades, mesmo a multa que tem caráter pecuniário, estão sujeitas a prescrição.*"[4] Todavia, observava Jacoby Fernandes que a temática da prescrição deveria idealmente estar prevista em Lei, entretanto, sem legislação, deve ser aplicado o instituto por analogia:

> "*À primeira vista, seria necessária legislação especifica para regular o tema. O recurso à analogia deve se fazer, preferencialmente entre normas de Direito Público, dentre estas, as de direito administrativo (...)*"[5]

Historicamente no tema a jurisprudência do Tribunal de Contas da União era firme no sentido de que não se aplicava o instituto da prescrição nas pretensões ressarcitória de suas tomadas de contas especial, em razão da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário:

> "*A prescrição qüinqüenal veiculada na Lei 9.873/1999 não se aplica aos processos de tomada de contas especial, por possuir como fundamento o exercício regular do Poder de Polícia, diferentemente das atividades de controle externo previstas na Constituição Federal, que encerram, entre outros, os atos de gestão.*" (Acórdão 49/2008-Primeira Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Débito | SUBTEMA: Imprescritibilidade)

> "*Não se aplica a prescrição da ação disciplinar com base no art. 142 da Lei 8.112/1990 no âmbito de tomada de contas especial, pois são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário*." (Acórdão 1865/2009-Plenário | Relator: WEDER DE OLIVEIRA; ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Pena disciplinar | SUBTEMA: Prescrição)

Este posicionamento, inclusive já havia sido referendado pelo Supremo Tribunal Federal na época:

> "*AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. § 5º DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO. PRECEDENTES. 1.* ***O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 26.210, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, decidiu pela imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário.*** *2. Agravo regimental desprovido*". (RE 578.428, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, DJe 28.6.2011, grifo nosso)

Não obstante este entendimento, interessante pontuar que o TCU no art. 6º, inciso II, da instrução Normativa TCU º 71/2012, dispôs que ficava dispensada a instauração da tomada de contas especial na hipótese houver transcorrido prazo superior a dez anos

4 Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum, p. 620
5 Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum. p. 623

entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente.

Quanto a prescrição das pretensões de natureza sancionatórias, como a de multa, o Tribunal de Contas da União aplicava por analogia as disposições da prescrição decenal do Código Civil.

> "*A prescrição para aplicação das sanções previstas na Lei Orgânica do TCU regula-se pelo prazo vintenário do antigo código civil ou decenário, para o vigente, contada somente após a sua constituição, ou seja, após a publicação do acórdão condenatório, e não desde o fato gerador.*" (Acórdão 771/2010-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

> "*Na ausência de prazo prescricional específico para o exercício da pretensão punitiva pelo TCU, aplica-se aos processos de controle externo o prazo de dez anos previsto no art. 205 do Código Civil.*" (Acórdão 670/2013-Segunda Câmara | Relator: BENJAMIN ZYMLER / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

Ao aplicar o prazo geral prescricional do Código Civil o Tribunal de Contas mantinha claro que a matéria era sujeita a reserva legal, todavia não havia lei especifica:

> "*A regra de prescrição para o exercício do poder punitivo pelo TCU é matéria sujeita à reserva legal, para a qual ainda não há lei específica. Diante da lacuna na Lei 8.443/1992, aplica-se aos processos de controle externo o prazo geral previsto no Código Civil, não o da Lei 9.873/1999, porquanto a atividade judicante do Tribunal não tem como fundamento o exercício do poder de polícia.*" (Acórdão 1683/2013-Plenário | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

> "*As regras de prescrição para o exercício do poder punitivo por parte do TCU constituem matéria de estrita reserva legal. Em sua ausência, adota-se as regras do prazo decenal do Código Civil.*" (Acórdão 5920/2013-Primeira Câmara | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

Contudo, este panorama da prescrição no Tribunal de Contas da União recentemente foi alterado pela consolidação do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Nos julgamentos, especialmente, dos temas 666[6], 897[7], 899[8] em repercussão geral, o STF reconheceu a existência e procedência do instituto da prescrição em face das pretensões ressarcitórias dos Tribunais de Contas.

6 É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil
7 São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa
8 É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas

O §5º, do art. 37, da Constituição Federal prevê que "*a lei estabelecerá os prazos de* prescrição *para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário,* ***ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento***." (grifos nossos)

No tema 666 o Plenário do Supremo Tribunal Federal, não obstante não ter entrado no mérito de ações do Tribunais de Contas, discutiu o alcance da última disposição da norma constitucional citada acima. O relator do caso, o Emérito Ministro Teori Zavascki, entendeu em seu voto vencedor que:

> "*Em suma, não há dúvidas de que o fragmento final do § 5º do art. 37 da Constituição veicula, sob a forma da imprescritibilidade, uma ordem de bloqueio destinada a conter eventuais iniciativas legislativas displicentes com o patrimônio público. Esse sentido deve ser preservado. Todavia, não é adequado embutir na norma de imprescritibilidade um alcance ilimitado, ou limitado apenas pelo (a) conteúdo material da pretensão a ser exercida – o ressarcimento – ou (b) pela causa remota que deu origem ao desfalque no erário – um ato ilícito em sentido amplo. O que se mostra mais consentâneo com o sistema de direito, inclusive o constitucional, que consagra* ***a prescritibilidade como princípio, é atribuir um sentido estrito aos ilícitos de que trata o § 5º do art. 37 da Constituição Federal, afirmando como tese de repercussão geral a de que a imprescritibilidade a que se refere o mencionado dispositivo diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa e como ilícitos penais***." (RE 669069, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-082 DIVULG 27-04-2016 PUBLIC 28-04-2016, grifos nossos.)

Como pode ser visto o Plenário do STF por maioria (vencido o Ministro Edson Fachin) decidiu que a disposição final do §5º, do art. 37, da Carta Magna tem alcance limitado para apenas as ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa e como ilícitos penais. Ou seja, por interpretação não alcança pretensões dos Tribunais de Contas.

Esta tese foi reforçada no julgamento do tema 897 em que foi firmado após debate do plenário a tese do voto divergente vencedor do Ministro Edson Fachin de que são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. O debate do Plenário se revolveu na questão trazida pelo Ministro Relator Alexandre de Moraes que questionou como que a ação de ressarcimento de um ato improbo pode ser imprescritível se a culpabilidade do ato improbo é prescritível. Entretanto, no contexto da Jurisdição dos Tribunais de Contas, o importante que foi definido novamente o limite das ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa. Nesse sentido, confira trecho do voto vencedor do Ministro Edson Fachin:

> "*Diante da exceção constitucional ampla que estabelece a imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento do erário decorrentes de atos ilícitos que a ele causaram prejuízos,* ***entendo que a sua restrição a um grupo específico de ilícitos (sejam eles improbidade administrativa ou tipos penais), ao contrário de***

> ***favorecer, milita em desfavor ao princípio da segurança jurídica**. O comando constitucional materializou, com segurança, o ideal republicano de que ninguém, ainda que pelo transcurso de lapso temporal considerável - frise-se uma vez mais - está autorizado ilicitamente a causar prejuízo ao erário, locupletando-se da coisa pública ao se eximir do dever de ressarci-lo.*" (RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019. Voto Ministro Edson Fachin, p. 08; p. 44 do Acórdão, grifos nosso)

Finalmente no julgamento do Tema 899 o Plenário do Excelso Pretório enfrentou a questão da prescritibilidade da pretensão ressarcitória do Tribunal de Contas, decidindo por unanimidade que são prescritíveis as pretensões de ressarcimento ao erário fundadas em decisão de Tribunal de Contas. Conforme o Ministro Relator Alexandre de Moraes, as decisões dos temas anteriores 666 e 897 levaram a seguinte conclusão:

> "***Em conclusão, nos termos das fundamentações e decisões Plenárias do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa Lei 8.429/1992 (TEMA 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o TEMA 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública**. Entendo que, as razões que levaram a maioria da CORTE a estabelecer excepcional hipótese de imprescritibilidade, no tema 897, não estão presentes em relação as decisões do Tribunal de Contas que resultem imputação de débito ou multa, e, que, nos termos do §3º, do artigo 71 da CF, tem eficácia de título executivo; sendo, portanto, prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada nessas decisões; uma vez que, (a) a Corte de Contas, em momento algum, analisa a existência ou não de ato doloso de improbidade administrativa; (b) não há decisão judicial caracterizando a existência de ato ilícito doloso, inexistindo contraditório e ampla defesa plenos, pois não é possível ao imputado defender-se no sentido da ausência de elemento subjetivo. Ressalte-se, ainda, que, com base nas decisões do Tribunal de Contas, paralelamente à ação de execução, será possível o ajuizamento de ação civil de improbidade administrativa para, garantido o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, eventualmente, condenar-se o imputado, inclusive a ressarcimento ao erário, que, nos termos da tese fixada no TEMA 897, será imprescritível*." (RE 636886, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020. Voto Ministro Alexandre de Moraes, p.03; p. 09 do Acórdão. Grifos nossos.)

Antes do julgamento do tema 899 em 24/06/2020 o Tribunal de Contas da União entendia que o disposto no tema 666 não aplicava a suas pretensões ressarcitórias:

> "*O reconhecimento da prescrição de ações de ressarcimento ao erário no julgamento do Recurso Extraordinário 669.069/MG (Repercussão Geral 666) não atinge os processos de controle externo, uma vez que a decisão do STF se aplica apenas a ações de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil,*

> *ou seja, circunscreve-se à prática de atos danosos ao erário que violem normas de Direito Privado.*" (Acórdão 2469/2018-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Débito | SUBTEMA: Imprescritibilidade.)

Este entendimento não pode se manter, todavia, após a decisão concretizada no tema 899.

Embora tenha sido firmado inequivocamente a prescritibilidade das ações de ressarcimento, ainda existia o problema de ausência de prazo legal. O Ministro Gilmar Mendes em seu voto no julgamento do Tema 899 adentrou nesta questão entendendo que:

> "*Por conseguinte, há, em regra, prazos quinquenais diferenciados a depender da fase fiscalizatória em que se encontre o fato que cause prejuízo ao erário: fase administrativo-fiscalizatória (prazo decadencial ou prescricional punitivo) e fase executória (prazo prescricional próprio), observadas as causas suspensivas ou interruptivas dos cômputos.*" (RE 636886, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020. Voto Ministro Gilmar Mendes, p.25; p. 53 do Acórdão. Grifos nossos.)

Todavia, após esta manifestação o Ministro Roberto Barroso interviu argumentando que a questão do prazo aplicável não era pertinente a matéria em discussão que se limitava a questão da prescritibilidade.

Ulteriormente, esta questão do prazo foi edificada no julgamento em 11/11/2021 da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.509[9], com efeito *erga omnes,* que determinou que a prescrição das pretensões do Tribunal de Contas da União, tanto sancionatórias quanto ressarcitórias, seria regida observando o disposto no paradigma da Lei Federal nº 9.873/99 por analogia.

Antes da referida ADI a jurisprudência do STF já vinha se posicionando neste sentido como pode se verificar dos precedentes colacionados abaixo:

---

9 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ. IMPUGNAÇÃO AOS ARTS. 76, §5º E 78, §7º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E PARCIAL DA LEI ESTADUAL Nº 12.160/1993. NORMAS QUE ESTABELECEM A OBSERVÂNCIA, PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS E DO ESTADO DO CEARÁ, DOS INSTITUTOS DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA NO EXERCÍCIO DE SUAS COMPETÊNCIAS. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO MODELO FEDERAL DE ALCANCE DA CLÁUSULA DE IMPRESCRITIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 35-C, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II. OFENSA AO ART. 75, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PARCIAL PROCEDÊNCIA. 1. Na ausência de regra expressa para o modelo federal, tem os Estados competência para suplementar o modelo constitucional de controle externo. 2. O Plenário deste Tribunal consolidou a interpretação do alcance da cláusula constitucional da imprescritibilidade no modelo federal como limitada aos "atos dolosos de improbidade administrativa". É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas: RE 636.886, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 24.06.2020, Tema n.º 899 da Repercussão Geral. Inocorrência de violação à simetria. 3. Pontualmente, a previsão segundo a qual o prazo prescricional inicia-se a partir da data de ocorrência do fato não encontra abrigo no ordenamento constitucional, nem nas leis federais de regência. Precedentes. Declaro a inconstitucionalidade do inciso II do parágrafo único do art. 35-C da Lei do Estado do Ceará 12.160, de 1993. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente. (ADI 5509, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-036 DIVULG 22-02-2022 PUBLIC 23-02-2022)

"**Ementa: Direito administrativo. Mandado de segurança. Multas aplicadas pelo TCU. Prescrição da pretensão punitiva. Exame de legalidade. 1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia**. 2. Inocorrência da extinção da pretensão punitiva no caso concreto, considerando-se os marcos interruptivos da prescrição previstos em lei. 3. Os argumentos apresentados pelo impetrante não demonstraram qualquer ilegalidade nos fundamentos utilizados pelo TCU para a imposição da multa. 4. Segurança denegada." (MS 32201, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 21/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe173 DIVULG 04-08-2017 PUBLIC 07-08-2017, grifos nossos).

"(...) **1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada pela Lei 9.873/1999, descabendo a aplicação do prazo decenal previsto na legislação civil (art. 205 do Código Civil). Ao revés, incide o prazo quinquenal previsto na Lei 9.873/1999** (MS 32201, Rel. Min. Roberto Barroso, PRIMEIRA TURMA, DJe 7/8/2017; MS 35.512-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, SEGUNDA TURMA, DJe 21/6/2019). (...) (MS 35940, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 13-07-2020 PUBLIC 14-07-2020. Grifos nossos)

"Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO PUNITIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. OBSERVÂNCIA DA LEI 9.873/1999. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO**. I – A prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União é regulada integralmente pela Lei 9.873/1999.** II – A aplicabilidade de sanções administrativas pelo TCU sofre os efeitos fulminantes da passagem de tempo, de acordo com os prazos previstos em lei, ressalvada a possibilidade de o Poder Público buscar, na esfera judicial, o ressarcimento de valores decorrentes de ilegalidade de despesa ou de irregularidade de contas. III – Agravo regimental a que se nega provimento." (MS 36054 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 09/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 10-12-2021 PUBLIC 13-12-2021. Grifos nossos)

Inclusive no que tangia a aplicação das causas interruptivas da mesma Lei Federal:

"*Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONDENAÇÃO A RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. MARCO INTERRUPTIVO. ART. 2°, II, DA LEI 9.873/1999. ATO INEQUÍVOCO DE APURAÇÃO DO FATO. DISCUSSÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DEMONSTRAÇÃO. INOCORRÊNCIA. SUBSISTÊNCIA DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos da decisão agravada, que, por isso, se mantêm hígidos**. **II – Aplicando-se a regulamentação da Lei 9.873/1999 ao caso concreto, observa-se que a pretensão sancionatória do TCU, em relação aos atos praticados pelo impetrante, levandose em consideração a ocorrência de 5 causas interruptivas da prescrição, não teria sido fulminada pelo decurso do tempo.** *III - A pretensão do recorrente, fundada na discussão sobre os fatos apontados como marcos interruptivos da prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública, refoge aos estreitos limites do mandamus, ante a ausência de liquidez e certeza do direito pleiteado. IV - Agravo regimental a que se nega*

> *provimento*." (MS 36067 ED-AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 18/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 28-10-2019 PUBLIC 29-10-2019, grifos nossos)

Na ADI º5.509, como pode ser visto pelo Voto Relator do Ministro Edson Fachin, foi decidido que:

> "*Com fundamento nesses precedentes, é possível, portanto, sintetizar a orientação aplicável para a fixação e a contagem dos prazos prescricionais das ações de competência do Tribunal de Contas. A atividade de controle externo equipara-se, para fins de contagem do prazo prescricional, ao poder de polícia do Estado e, como tal, nos termos do art. 1º da Lei 9.873, de 1999, "Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado*"." (ADI 5509, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-036 DIVULG 22-02-2022 PUBLIC 23-02-2022. Voto Relator Ministro Edson Fachin p. 16, Acórdão p. 24)

Perante esta consolidação do entendimento jurisprudencial do STF o TCU resolveu normatizar em 11/10/2022 a Resolução nº 344/2022, que disciplinou o instituto da prescrição na Corte considerando expressamente as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em especial no Recurso Extraordinário nº 636.886 (tema 899 da Repercussão Geral) e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5509.

Subsequentemente a normatização do TCU, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON) publicou nota em 24/04/2023 conjuntamente com o Instituto Rui Barbosa (IRB), o Conselho Nacional de Presidentes dos Tribunais de Contas (CNPTC) e a Associação Brasileira dos Tribunais de Contas dos Municípios (ABRACOM), recomendando que os demais Tribunais de Contas também normatizassem a questão da prescrição e decadência.

Seguindo a jurisprudência do STF, o exemplo do TCU com a sua Resolução 344/2022 e a Nota Recomendatória nº 02/2023 do Conjunto Atricon-IRB-Abracom-CNPTC, este TCMSP, em 07/06/2023, normatizou a Resolução nº 10/2023 que disciplina o instituto da prescrição nesta Corte.

Citada Resolução desta Corte de Contas Municipal acompanha o modelo da Resolução do TCU e o entendimento do STF ao expor em seu art. 1º que:

> **"*Art. 1º*** *A prescrição nos processos de controle externo, em curso no Tribunal de Contas do Município de São Paulo, observará o disposto na Lei 9.873, de 23 de novembro de 1999, na forma aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, em especial a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5509, e regulamentada por esta resolução, exceto os de apreciação, para fins de registro, da legalidade dos atos de admissão de pessoal ou de concessão de aposentadorias, reformas e pensões.*"

Pois bem. Vigente a resolução normatizando a prescrição nesta Corte se tornou obrigatório analisar se os processos que tramitam em sua jurisdição estão prescritos.

Mencionada obrigação deve ser cumprida independente do momento processual, dado a natureza de matéria de ordem pública da prescrição, exceto os que já estão transitados em julgado (regra do art. 17 da Resolução TCMSP nº 10/2023), de acordo com o que já firmou a jurisprudência do TCU:

> "*O fato de o responsável ter suscitado a ocorrência de prescrição apenas em sede de embargos de declaração não impede o TCU de examiná-la, uma vez que, por se tratar de matéria de ordem pública, a prescrição deve ser aferida em todos os processos em tramitação no TCU, à exceção daqueles já remetidos aos órgãos ou entidades competentes para cobrança judicial (art. 10 da Resolução TCU 344/2022) ou para os quais já tenha ocorrido o trânsito em julgado no TCU até a data de publicação da mencionada resolução (art. 18).*" (Acórdão 23/2023-Segunda Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER / ÁREA: Direito Processual | TEMA: Embargos de declaração | SUBTEMA: Abrangência)

Complementarmente, por ser, reitera-se, matéria de ordem pública, o TCU também já se posicionou que a matéria da prescrição pode ser revista de ofício até em casos em que já houve decisão a negando anterior a entrada da resolução normativa:

> "A ocorrência de prescrição da pretensão punitiva ou ressarcitória do TCU, matéria de ordem pública, pode ser revista de ofício em sede de embargos de declaração, mesmo que já tenha sido devidamente enfrentada na decisão recorrida, se esta foi proferida anteriormente à edição da Resolução TCU 344/2022, que regulamentou a matéria no âmbito do Tribunal." (Acórdão 727/2023-Primeira Câmara | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES / ÁREA: Direito Processual | TEMA: Revisão de ofício | SUBTEMA: Matéria de ordem pública.)
>
> A aprovação da Resolução TCU 344/2022, que regulamenta, no âmbito do Tribunal, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento, constitui fato superveniente que autoriza o exame de ofício da incidência da prescrição em sede de embargos de declaração, mesmo que essa questão já tenha sido expressamente analisada, sob a égide do entendimento anterior à resolução, na decisão embargada, por se tratar de matéria de ordem pública.(Acórdão 2971/2023-Primeira Câmara | Relator: AUGUSTO SHERMAN / ÁREA: Direito Processual | TEMA: Embargos de declaração | SUBTEMA: Abrangência)

Feito estas considerações gerais acerca do histórico e consolidação do instituto da prescrição nos Tribunais de Contas é caso de analisar o caso concreto.

No que tange ao caso em tela, devem ser identificados primeiramente os marcos temporais em que pretensamente ocorreu decurso do lapso temporal prescricional.

Conforme asseverado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo[10], avaliando o tema sob exame nos presentes autos, verifica-se que, do último marco interruptivo da prescrição das pretensões punitivas e ressarcitória, decorreram-se mais de 05 anos, o que enseja o reconhecimento da prescrição, nos moldes do art. 2º, c/c arts. 5º, II e IV, da Resolução nº 10/23.

Consoante o exposto, a AJCE apontou que entre a ocorrência dos marcos interruptivos apontados decorreu o prazo prescricional de 05 (cinco) anos previsto no artigo 2º da referida Resolução, sem a ocorrência de demais causas suspensivas ou interruptivas.

Desse modo, impõe-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória deste Tribunal de Contas, o que, consequentemente, resulta no afastamento da pena de multa aplicada no Acórdão recorrido.

Não obstante o reconhecimento da prescrição, deve ser salientado que, conforme explica a AJCE em seu parecer citado, "conquanto aplicáveis ao controle externo os prazos de prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória, resta preservada a função declaratória do provimento de mérito dos julgados nos Tribunais de Contas, inclusive no que diz respeito às eventuais determinações, recomendações e/ou outras providências de igual natureza (art. 13)[11].

Assim, a prescrição não afeta o conteúdo declaratório dos Acórdãos guerreados e a decretação de irregularidade do ajuste e da execução contratual.

Ante o exposto, presentes os requisitos de admissibilidade, conheço dos **Embargos Declaratórios opostos, voto pelo reconhecimento da ocorrência da prescrição**, nos termos do artigo 2º da Resolução nº 10/2023/TCMSP, afastando, por consequência, as determinações que envolvam pretensões de natureza punitiva ou ressarcitória e reconheço, por consequência, os efeitos financeiros produzidos.

No mérito, declaro a perda de objeto do recurso interposto, em face da prejudicial de mérito, mantendo no mais, o conteúdo declaratório dos Acórdãos proferidos.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
Conselheiro Relator

[10] Peça 48 do TC 847/2004 e peça 56 do TC 2454/2004.
[11] Art. 13. O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva e da pretensão ressarcitória, a despeito de obstar a imposição de sanção e de reparação do dano, não impede o julgamento do processo, a expedição de determinações, recomendações ou outras providências motivadas por esses fatos, destinadas a reorientar a atuação administrativa.

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 04/12/2023 13:09:23 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

49ª SESSÃO ORDINÁRIA NÃO PRESENCIAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PLENO

TC nº 847/2004 – Embargos de Declaração (Análise)
Objeto: Prestação de serviços técnicos de engenharia de manutenção civil corretiva e preventiva no corredor de ônibus Nove De Julho/Santo Amaro.
Interessados: São Paulo Transporte S/A
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: Pleno

TC nº 2454/2004 – Embargos de Declaração (Acompanhamento)
Objeto: Execução contratual avaliar se as obras relativas ao corredor exclusivo de ônibus, passa rápido Nove de Julho, trecho túnel Nove de Julho - Rua Groenlândia, foram desenvolvidas, no mes de maio/2004, de acordo com os requisitos contratuais, bem como se os quantitativos medidos, passíveis de verificação, correspondem aos realizados.
Interessados: São Paulo Transporte S/A
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: Pleno

DECLARAÇÃO DE VOTO

Relativamente à matéria ora em julgamento me parece oportuno elucidar primeiramente a eventual incidência prescricional nos autos ante a evolução do assunto no Supremo Tribunal Federal, no Tribunal de Contas da União e neste Tribunal de Contas do Município.

É fato que durante muito tempo o tema da prescrição foi objeto de diversos entendimentos e interpretações no âmbito dos Tribunais de Contas no país, sendo possível afirmar que no próprio Tribunal de Contas da União havia

quem defendesse o prazo de 5 anos para efeito da prescrição da pretensão punitiva do Tribunal, sendo também conhecido entendimentos que defendiam o prazo de 10 anos e inclusive os que defendiam a imprescritibilidade da ação fiscalizatória do órgão.

Isto porque o ordenamento jurídico brasileiro não prevê uma regra específica para disciplinar o instituto da prescrição no âmbito dos Tribunais de Contas.

Diante do aprofundamento dos estudos, o Supremo Tribunal Federal, após apreciação do Recurso Extraordinário 636.886, firmou o entendimento quanto ao TEMA 899 com o seguinte teor: "**É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas**".

O que se verifica deste julgamento é que o reconhecimento da imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário somente seria possível quando fundadas em atos de improbidade administrativa, os quais, evidentemente, extrapolam a competência exercida pelos Tribunais de Contas.

A partir julgamento do Supremo Tribunal Federal, o assunto restou resolvido para as Cortes de Contas com a decretação da prescritibilidade da decisão do Tribunal de Contas, aplicando-se, integralmente, o disposto no artigo 174 do Código Tributário Nacional c/c art. 40 da Lei 6.830/1980, que rege a Execução Fiscal e fixa em cinco anos, respectivamente, o prazo para a cobrança do crédito fiscal.

Evidente que a cobrança do crédito fiscal tem origem, em regra, numa sentença e, especificamente com relação ao Tribunal de Contas, num acórdão, que corresponde ao resultado da instrução processual, compatível com o processo de conhecimento no Poder Judiciário, onde ocorre a apreciação de todas as provas permitidas em lei e pelo regimento interno da instituição.

Com efeito, o grupo de estudo realizado acerca da aplicabilidade do instituto da prescrição aos processos de controle externo em tramitação nesta Corte (eTCM nº 734/2014) ao analisar este tema reforçou o pronunciamento quanto ao Tema 899 no sentido de que **a prescrição nessa hipótese foi definida em 5 anos após o exaurimento da atividade de controle externo**.

Relativamente à instrução do processo no âmbito das Cortes de Contas, observo que, com o julgamento da ADI nº 5.509, o STF fixou o entendimento de que, na ausência de lei específica disciplinadora da temática prescricional nos processos de controle externo, deve ser aplicada a Lei nº 9.873/99, que estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta.

Assim, reconheceu o Supremo Tribunal Federal que a prescrição da pretensão condenatória no âmbito dos Tribunais de Contas deve ser regulada pela LF nº 9.873/1999, equiparando a atividade de controle externo ao poder de polícia para fins de contagem do prazo prescricional.

Diante do progresso da jurisprudência no Supremo Tribunal Federal, o Tribunal de Contas da União aprovou a Resolução 344, de 11 de outubro de

2022, regulamentando, no âmbito do TCU, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento, disciplinando a incidência da Lei nº 8.973/99 aos processos daquela Corte de Contas.

Referida resolução regulamentou, no âmbito do Tribunal de Contas da União, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento no prazo de cinco anos, contados dos termos iniciais elencados no art. 4º do supracitado normativo, considerando-se as causas de interrupção dispostas em seu art. 5º, que são as mesmas previstas na LF nº 9.873/99.

Na mesma linha de atuação do Tribunal de Contas da União, este Tribunal aprovou a Resolução nº 10/2023, publicada no Diário Oficial do Município em 12.06.2023, que se prestou a regulamentar a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento no âmbito deste Egrégio Tribunal de Contas no prazo de 05 anos, contados dos termos iniciais relacionado no art. 4º, sujeitando-se, a partir daí, às causas interruptivas dispostas em seu art. 5º, causas impeditivas ou suspensivas consignadas em seu art. 8º, além de se observar a hipótese de prescrição intercorrente estabelecida no art. 9º.

O que se verifica da análise jurisprudencial é que o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Contas vêm reconhecendo o instituto da prescrição, valorizando, por consequência, o princípio da segurança jurídica, como um corolário do Estado Democrático de Direito.

Submetida a matéria ao crivo da Assessoria Jurídica de Controle Externo, esta concluiu no sentido de que o presente processo restou fulminado

pelo instituto da prescrição, no que foi acompanhada pelas manifestações da Procuradoria da Fazenda Municipal e também da Secretaria Geral.

Diante de todo o exposto, **ACOMPANHO** o voto proferido pelo eminente Conselheiro Relator **RECONHECENDO** a incidência da prescrição nos presente autos no âmbito do Controle Externo exercido por esta Corte de Contas, em conformidade com a Resolução nº 10/2023, deste Tribunal.

Em relação aos demais aspectos do julgamento, **DIVIRJO** do eminente Relator por entender que em razão do tempo transcorrido o processo perdeu sua relevância quando observados os critérios de materialidade e risco, parecendo-me adequado aplicar ao presente caso o parágrafo único do art.12 da Resolução 10/2023, razão pela qual **JULGO EXTINTO** os presentes autos.

Outrossim, determino o encaminhamento do Relatório, do Voto e da Decisão a ser alcançada em Plenário à Origem para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023, e ciência das demais partes interessadas, com posterior arquivamento dos autos.

Este é meu voto, Senhor Presidente.

JOÃO ANTONIO

Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 04/12/2023 11:18:55 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC 2.454/2004

2º Julgado – 3.060ª Sessão Ordinária
RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIO. Decisão que julgou irregular a execução e não aceitou os efeitos financeiros, considerando que na medição de março/2004 foram apropriados serviços não atinentes ao contrato. Serviços de manutenção civil corretiva e preventiva. Corredor de ônibus. SPTRANS. CONHECIDOS. Votação unânime. PROVIDOS PARCIALMENTE para excluir as determinações, uma vez que foi demonstrado o correspondente estorno na medição do mês subsequente. Votação unânime.
Relatório e voto englobado TCs 847/2004 e 2.454/2004.

1º Julgado - 2.831ª Sessão Ordinária
ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. SPTRANS. Serviços de manutenção civil corretiva e preventiva. SPTRANS. Corredor de ônibus Nove de Julho/Santo Amaro. IRREGULAR. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS. Votação por maioria.
Legislação citada: Art. 2º, art. 7º, § 4º, Lei 8.666/93. Art. 26, Dec. Mun. 41.772/02.
TCs citados 72-004.858.04-87, 72-004.628.03-46, 72-005.811.04-59 e 72-001.218.05-60

2ª Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos englobadamente os processos TC/000847/2004 e TC/002454/2004, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos recursos interpostos, uma vez que presentes os requisitos de admissibilidade.

ACORDAM, ainda, por maioria, quanto ao mérito, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator e DOMINGOS DISSEI, em dar-lhes parcial provimento, para o fim de excluir do Acórdão recorrido o fundamento de que não foram trazidos elementos quanto ao estorno dos serviços lançados indevidamente na medição de março/2004 e a determinação para a SPTrans adotar as medidas visando ao ressarcimento dos valores pagos na medição de março de

2004, uma vez que a Origem demonstrou a realização do correspondente estorno na medição do mês subsequente, mantendo-se, no mais, o Aresto recorrido.

Vencido, no mérito, o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Revisor que, consoante voto proferido em separado, deu provimento aos recursos ordinários para julgar regular a execução do ajuste.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar o encaminhamento de ofício à recorrente, à empresa contratada, aos signatários do ajuste e aos agentes públicos indicados nestes autos.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o envio do relatório e voto do Relator e deste Acórdão ao Ministério Público do Estado de São Paulo, para o fim de informar o resultado do julgamento alcançado pelo Pleno, em atenção às diversas solicitações encaminhadas a este Tribunal de Contas.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor, e DOMINGOS DISSEI.

Ausentou-se, momentaneamente, o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda "ad hoc" CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 25 de setembro de 2019.

JOÃO ANTONIO
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Há Inquérito Civil instaurado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo visando à apuração de fatos relacionados ao contrato objeto da execução contratual analisada no presente feito.

Nesta fase processual, cuida-se da apreciação dos recursos ordinários interpostos pela PROCURADORIA DA FAZENDA MUNICIPAL e pela SÃO PAULO TRANSPORTE S.A. – SPTrans, em face do Acórdão de folhas 394 e 395 (de 23/09/2015) que, por maioria dos votos, julgou "irregular a execução do ajuste no período e valores auditados, considerando que na medição de

março/2004 foram apropriados serviços não atinentes ao objeto do Contrato 118/2003, além de executados por meio de indevida subcontratação e, não sendo aceitos os efeitos financeiros produzidos, determinou o ressarcimento dos valores pagos na referida medição.

A Contratada, devidamente intimada, deixou transcorrer "in albis" o prazo recursal.

A Procuradoria da Fazenda Municipal apresentou o recurso de folhas 397 a 402 (19/11/2015), pleiteando a reforma do Acórdão, ainda que parcialmente, com base nas seguintes alegações:

1 – "que a execução do Contrato 118/2003 seja tido por regular... por não ter ficado comprovado nestes autos dolo, culpa ou má-fé por parte dos agentes responsáveis;"

2 – devem prevalecer os votos divergentes que acolherem o ajuste analisado;

3 – "há que se lembrar que a execução do ajuste foi realizada há mais de 10 (dez) anos, sendo razoável inferir que os atos praticados geraram todos os seus efeitos jurídicos, patrimoniais e financeiros", os quais requer sejam ao menos reconhecidos.

Por sua vez, a SPTrans interpôs o recurso encartado às folhas 421 a 499 (25.04.2016), e requereu que lhe fosse atribuído efeito suspensivo e, no mérito, aduziu que:

1 – A contratação não ensejou dano algum ao erário, pois afastada ficou a hipótese de lesão, diante do fato de que houve a efetiva prestação do serviço.

2 – Na medição de março de 2004 (cópia anexa), foram apropriados serviços de 'Apontamento e Custeio', esses serviços executados por subcontratação, que somam um valor total de R$ 1.159.297,45 [um milhão, cento e cinquenta e nove mil duzentos e noventa e sete reais e quarenta e cinco centavos], a SPTrans reconheceu o erro e no mês seguinte, elaborou uma medição (cópia anexa), onde demonstra que os valores foram subtraídos, fazendo assim o devido estorno dos serviços que haviam sido medidos erroneamente.

3 – O equívoco cometido foi saneado, através de estorno, no mês subsequente (abril/2004), formalizado através da documentação indicativa de despesa negativa ao período executado do mês (Planilha Demonstrativa de Serviços)" (fls. 427 e 441).

4 – Em razão do exposto, requer provimento integral do recurso para o fim de ser acolhida a execução contratual e, em pedido alternativo, requer o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais do ajuste.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle (fls. 509/510) analisou os documentos apresentados em 25.04.2016, pela Recorrente, e manifestou-se nos seguintes termos:

"Não nos é possível, contudo, contestar ou confirmar os quantitativos indicados na planilha de medição, tendo em vista o tempo decorrido. Assim, a rigor a SPTrans comprovou nesta oportunidade a reparação do equívoco cometido na medição de março/2004, apresentando um documento que a Auditoria já havia cobrado em manifestação produzida em julho/2005, ou seja, há mais de onze anos."

Com amparo na referida documentação trazida aos autos pela SPTrans na fase recursal, a Auditoria concluiu:

"Na medição de março/2004 foram apropriados serviços não atinentes ao objeto do Contrato 2003/118, serviços esses executados por subcontratação, contrariando a cláusula 12.2 do ajuste.

A SPTrans reconheceu a incorreção apontada e finalmente trouxe elementos que comprovam a reparação do equívoco, com a realização de estorno do valor indevido na medição de abril/2004."

Ao manifestar-se sobre os apelos, a Assessoria Jurídica de Controle Externo (fls. 528/536) verificou serem ambos tempestivos e, no mérito, destacou os seguintes aspectos:

1 – A Origem trouxe elementos comprobatórios do estorno referente aos serviços apropriados indevidamente em março de 2004. Informação devidamente corroborada pela Especializada;

2 – A irregularidade quanto à deficiência dos controles e pagamentos referentes à execução dos serviços em maio de 2004 permanece;

3 – Sobre os efeitos financeiros, os elementos não fornecem parâmetros concludentes para uma análise eminentemente jurídica, submetendo o tema à consideração superior.

Assim, a Área Jurídica posicionou-se pelo conhecimento dos recursos e, no mérito, pelo provimento parcial, no tocante à eliminação da irregularidade referente aos serviços apropriados, indevidamente, em março de 2004, remanescendo a irregularidade atinente à deficiência verificada no mês de maio de 2004, sem opinar sobre os respectivos efeitos financeiros, por entender não haver elementos conclusivos para tal avaliação.

A Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 538/539) requereu o conhecimento e provimento dos recursos interpostos, reiterando os termos de sua peça recursal, para que o Julgado seja reformado e considerados regulares os atos analisados e, alternativamente, a aceitação dos efeitos financeiros,

ressaltando que a "*SPTrans comprovou nos autos a reparação do equívoco cometido na medição de março/2004, com estorno do valor indevido na medição subsequente (abril/2004)"*.

A Secretaria Geral (fls. 541/544) opinou pelo conhecimento de ambos os recursos ordinários e, no tocante ao mérito, assim concluiu: "... *à vista da manifestação da área auditora de que a Origem trouxe elementos que comprovam a reparação do equívoco cometido na medição de março de 2004, opino pelo provimento parcial dos recursos, com a finalidade de se excluir tal irregularidade da fundamentação do acórdão, mantidos os demais fundamentos da decisão, que bem aplicou o direito à espécie*."

É o Relatório do TC 2454/04.

VOTO

Em ambos os processos, ora julgados de forma englobada, há informação do Ministério Público do Estado de São Paulo sobre a instauração de Inquérito Civil visando à apuração de fatos relacionados ao contrato de que tratam estes feitos.

Cuidam os autos, nesta fase, de recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela São Paulo Transporte S.A visando à reforma dos Acórdãos prolatados nos TCs 847/04 (folhas 536/537) e 2.454/04 (folhas 394/395), originalmente relatados pelo Conselheiro Maurício Faria, cujo voto, proferido de modo englobado, resultou vencido, e do qual se transcrevem os trechos a seguir:

"*Reitero o voto por mim proferido quando do julgamento dos TCs 4.858.04-87, 4.628.03-46, 5.811.04-59 e 1.218.05-60 entendendo serem compatíveis os serviços licitados com o sistema de registro de preços, na forma veiculada pela Concorrência 17/SMSP/COGEL/2002, ocasião em que julguei regulares as Atas dela decorrentes e respectivos ajustes.*

(...) Por sua vez, no que tange ao Acompanhamento parcial da Execução do Contrato 118/2003, realizado durante o mês de maio 2004, entendo aceitáveis as justificativas apresentadas pela Origem, anotando que não há nos autos constatação da Auditoria de que os serviços desenvolvidos no período deixaram de ser executados, ou encontravam-se incompatíveis com os constantes do Memorial Descritivo vinculado ao ajuste, sendo que as inconsistências anotadas, em meu entender, remetem à própria imprevisibilidade das intervenções nos serviços de manutenção.

(...) À vista do exposto, VOTO PELA REGULARIDADE do Contrato 118/2003, bem como de sua execução no período examinado, relevando as impropriedades anotadas."

Os Acórdãos recorridos consideraram irregulares, respectivamente, o Contrato 2003/118 e a correspondente execução contratual, com base no voto vencedor do Conselheiro Domingos Dissei, por meio da seguinte fundamentação:

"1. Como se infere dos autos, os serviços contratados não se caracterizam como de utilização habitual e rotineira, para os quais não se poderia prever o exato quantitativo a ser demandado pela Administração ou cujas quantidades e periodicidades tivessem que ser definidas em função de necessidade futura.

2. Na verdade, os serviços, em sua grande maioria, eram previsíveis e se enquadravam naqueles que exigem a execução prévia de projetos de engenharia para definição qualitativa e quantitativa para a sua contratação.

3. Como bem apontado nos pareceres dos órgãos técnicos e especializados deste Tribunal, o objeto contratado não poderia ser considerado de utilização frequente, nem padronizado e nem imprevisível, não reunindo, portanto, os requisitos necessários para utilização de Ata de Registro de Preços.

4. No que diz respeito à Execução Contratual, verificou-se que, na medição de março/2004, foram apropriados serviços não atinentes ao objeto do Contrato 118/2003 e que foram executados por meio de subcontratação, contrariando cláusula do ajuste, sendo certo que não foram trazidos elementos capazes de comprovar a reparação do equívoco, qual seja, o seu estorno, na medição de abril/2004.

5. Essas são as razões que me levam a acompanhar as manifestações da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral desta Corte de Contas, que ficam incorporadas neste voto, e julgar irregulares o Contrato 118/SPTRANS/2003, e sua Execução no período e valores auditados, não aceitando os efeitos financeiros e patrimoniais produzidos.

6. Proponho a remessa de ofício à Origem para que adote as medidas cabíveis ao ressarcimento dos valores pagos na medição de março de 2004, não atinentes ao objeto do 118/2003, devidamente corrigidos."

A decisão acima foi adotada pelo Pleno deste Tribunal de Contas que, "*por maioria, pelos votos dos Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor e EDSON SIMÕES, ambos com voto proferido em separado, votando o Conselheiro Presidente ROBERTO BRAGUIM para efeito de desempate*", em 23 de setembro de 2015, prolatou os Acórdãos recorridos, que assim deliberaram:

No TC 847/2004:

"(...) em julgar irregular o Contrato 2003/118, considerando que os serviços contratados não se caracterizam como de utilização habitual e rotineira, requisitos necessários para utilização de ata de registro de preços, exigindo execução prévia de projetos de engenharia.

Vencidos os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, nos termos do relatório e voto, e JOÃO ANTONIO, que julgaram regular o ajuste.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o envio de cópia deste Acórdão ao Ministério Público do Estado de São Paulo."

No TC 2.454/2004:

"(...), em julgar irregular a execução do ajuste no período e valores auditados, considerando que na medição de março/2004 foram apropriados serviços não atinentes ao objeto do Contrato 118/2003 e que foram executados por meio de subcontratação, contrariando cláusula do ajuste, sendo certo que não foram trazidos elementos capazes de comprovar a reparação do equívoco, qual seja, o seu estorno, na medição de abril/2004.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos mesmos votos, em não aceitar os efeitos financeiros e patrimoniais produzidos, determinando a remessa de ofício à São Paulo Transporte S.A. – SPTrans para que adote as medidas cabíveis ao ressarcimento dos valores pagos na medição de março de 2004, não atinentes ao objeto da avença, devidamente corrigidos.

Vencidos os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, nos termos do relatório e voto, e JOÃO ANTONIO, que julgaram regular a execução no período examinado, relevando as impropriedades constatadas.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o envio de cópia deste Acórdão ao Ministério Público do Estado de São Paulo."

No TC 847/2004, ambos os Recursos interpostos (PFM [Procuradoria da Fazenda Municipal] - fls. 540/545 e SPTrans - fls. 558/574) pretendem a reforma integral do Acórdão prolatado neste feito, a fim de que o Contrato 2003/118 seja declarado regular, ou, subsidiariamente, haja a reforma parcial do aresto quanto aos efeitos financeiros do referido ajuste, de modo que sejam acolhidos pelo Pleno, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, em função do tempo decorrido e da alegada inexistência de prejuízo ao Erário.

As razões recursais apresentadas pela Procuradoria da Fazenda Municipal concentram-se na defesa genérica da validade do Contrato 2003/118, tendo por objeto a "*prestação de serviços técnicos de engenharia de manutenção civil corretiva e preventiva no corredor de ônibus Nove de Julho/Santo Amaro."*

Todavia, ao longo de seu arrazoado, não enfrentou o fundamento do Acórdão recorrido que levou o Pleno a considerar irregular o contrato em pauta, a saber:

"*os serviços contratados não se caracterizam como de utilização habitual e rotineira, requisitos necessários para utilização de ata de registo de preços, exigindo execução prévia de projetos de engenharia.*"

Dessa forma, a Recorrente-PFM [Procuradoria da Fazenda Municipal] não apresentou os fundamentos jurídicos, as razões do pedido de reforma (art. 139 do RITCM [Regimento Interno do Tribunal de Contas do Município de São Paulo], combinado com o art. 1.010, incisos II e III do CPC), que embasariam a revisão integral do julgado, limitando-se ao pedido subsidiário, qual seja, apenas o reconhecimento dos efeitos financeiros.

Os argumentos de inexistência de prejuízo ao Erário e da efetiva prestação dos serviços contratados, invocados por ambos os Recorrentes para o acolhimento dos efeitos produzidos pelo ajuste, caem por terra diante das irregularidades apuradas em sede de acompanhamento da respectiva execução contratual (TC 2.454/04-77), conforme observado no parecer da Secretaria Geral nestes autos, *verbis*:

"não há como reconhecê-los, face à irregularidade apontada no TC 2.454/04-77 – cujo objeto é a análise da execução do ajuste em exame – pela impossibilidade de verificação de que os serviços atinentes ao mês de maio/2004 foram de fato realizados e pagos nos termos pactuados, ante a deficiência de controle, não havendo elementos que fundamentem a medição dos serviços prestados, potencializando eventual perda de recursos destinados aos fins contratuais, gerando danos ao Erário."

Quanto à segunda Recorrente – SPTrans, suas razões recursais ocupam-se, majoritariamente, em transcrever os argumentos por ela apresentados na fase de instrução, na expectativa de "*sensibilizar os N. Conselheiros, agora em sede recursal*."

Primeiramente, aponta que a não aceitação dos efeitos financeiros consta apenas da ementa e não do corpo do Acórdão de folhas 536/537, questão que não prejudica nem a intelecção do julgado nem sua execução, uma vez que a ementa está em conformidade com o voto vencedor, parte integrante do acórdão, assim como os demais votos proferidos (§ 3º do art. 941 do CPC).

Ademais, a não aceitação dos efeitos produzidos pelo ajuste é consequência inerente ao julgamento da irregularidade do contrato, prescindindo da manifestação acerca dos efeitos financeiros, salvo se houver elementos que autorizem aceitá-los, em caráter excepcional, para os quais se exige pronunciamento expresso no Acórdão. Quanto ao mérito, em síntese, a SPTrans alega que:

1 – "*nas vias que detinham corredores preexistentes, optou-se pela utilização das Atas da SMSP, então vigentes, por se entender que o objeto contratado era compatível com os serviços de manutenção, reparação e complementação de infraestrutura urbana*."

2 – "*não se trata de nova edificação ou novo equipamento: os serviços de manutenção, reparação ou complementação foram executados nos corredores já existentes, porém sem a infraestrutura adequada aos novos conceitos do Passa Rápido*."

3 – "não se justifica o não acolhimento da contratação em causa, sob a alegada incompatibilidade do objeto contratual com aquele constante da ARP 002/SMSP/COGEL/2003...".

A Auditoria, ao analisar os referidos recursos, concluiu que eles "*não trouxeram novos elementos hábeis a sanar os apontamentos feitos, apenas repetindo as alegações que já foram exaustivamente debatidas na fase instrutória que culminou com o 'decisum' de fls. 536/537."*

A despeito de a Ata de Registro de Preços 02/SMSP/COGEL/2003 ter sido acolhida pelo Pleno, em sede de análise no TC 4.628/2003, resultando na possibilidade de sua utilização nas hipóteses de serviços de engenharia, a Origem não poderia valer-se da referida ARP para a formalização do Contrato 2003/118, pois não estavam presentes os requisitos previstos no então vigente artigo 26 do Decreto Municipal 44.279/2003 (posteriormente revogado pelo Decreto 56.144/2015, cujo artigo 3º manteve as mesmas restrições).

De acordo com a análise e as diligências efetuadas pela Auditoria (fls. 429/433), o contrato é irregular diante das conclusões endossadas nos pareceres da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, a saber:

1 – os serviços não reúnem as condições necessárias à utilização da Ata, consoante estabelecido no artigo 26 do Decreto 44.279/2003 (que regulamenta a Lei Municipal 13.278/2002), e deveriam ter sido contratados mediante procedimento licitatório, previsto no artigo 3º da Lei 8.666/93 e no parágrafo 2º do artigo 7º do mesmo diploma, dispositivos estes que restaram violados;

2 – a incompatibilidade entre o objeto contratado em relação ao objeto da Ata de Registro de Preços (ofensa ao artigo 2º da Lei Federal 8.666/93);

3 – as obras contratadas não podem ser consideradas frequentes, nem padronizadas e nem imprevisíveis;

4 – houve a elaboração dos projetos básicos evidenciando a previsibilidade dos serviços contratados, com definição qualitativa e quantitativa dos serviços, e, por conseguinte, exigindo licitação própria;

5 – a majoração dos preços unitários pela adoção de procedimentos não previstos em contrato, contrariando o item 3.1 da Ata de Registro de Preços, decorrente da alteração do valor total da planilha orçamentária contratual de R$ 5.994.207,24 (cinco milhões, novecentos e noventa e quatro mil duzentos e sete reais e vinte e quatro centavos) para R$ 7.319.346,95 (sete milhões, trezentos e dezenove mil trezentos e quarenta e seis reais e noventa e cinco centavos);

6 – a incompatibilidade entre os quantitativos estimados no Edital e as previsões reais dos projetos básicos ou executivos específicos (ofensa ao artigo 7º, § 4º, da Lei Federal 8.666/93); e

7 – a ausência de autuação do procedimento administrativo (afronta ao art. 2º do Decreto Municipal 41.772/2002 e ao art. 38 da Lei Federal 8.666/93).

Importante consignar que o voto condutor do Acórdão (folha 518 e verso), consoante faculdade prevista no parágrafo 1º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte de Contas, reportou-se, expressamente, à fundamentação das manifestações dos Órgãos Técnicos e da Secretaria Geral, incorporada ao voto por remissão, propiciando que o voto de desempate discorresse sobre todas as infringências retro expostas, apontadas pela Auditoria, e integrassem o rol de fundamentos para julgar irregular o contrato objeto deste processo, os quais permanecem hígidos, visto que os apelos não trouxeram qualquer elemento que pudessem ilidi-los.

No tocante aos Recursos interpostos no TC 2474/2004, ambos pretendem a reforma integral do Acórdão prolatado neste processo, a fim de que a execução do Contrato 2003/118, no período e valores auditados, seja considerada regular, ou, subsidiariamente, haja a reforma parcial do aresto quanto aos efeitos financeiros, especialmente porque a "*SPTrans comprovou nos autos a reparação do equívoco cometido na medição de março/2004, com estorno do valor indevido na medição subsequente (abril/2004)".*

No presente procedimento fiscalizatório, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle apurou que, na 3ª medição correspondente ao mês de março/2004, foram apropriados, indevidamente, serviços não atinentes ao objeto do Contrato 2003/118, no valor de R$ 1.159.297,46 (um milhão, cento e cinquenta e nove mil duzentos e noventa e sete reais e quarenta e seis centavos) e que, no mês de maio/2004, embora verificada a evolução física dos serviços, não houve a correspondente medição neste ajuste, tendo posteriormente a SPTrans alegado equívocos nos procedimentos e informações, pois corresponderiam a serviços relacionados a outros contratos e que teria realizado as devidas correções, sem apresentar elementos comprobatórios a respeito.

Por essas razões, o Acórdão recorrido julgou irregular a execução do ajuste no período e valores auditados, sem aceitação dos efeitos financeiros, e determinou que a SPTrans adote as medidas cabíveis ao

ressarcimento dos valores pagos na medição de março de 2004, não atinentes ao objeto da avença, devidamente corrigidos.

Agora, em sede recursal, a SPTrans apresentou a prova de que na medição de abril de 2004 realizou o estorno do valor de R$ 1.159.297,45 (um milhão, cento e cinquenta e nove mil duzentos e noventa e sete reais e quarenta e cinco centavos), lançado indevidamente na medição de março de 2004, reconhecendo o equívoco cometido, cuja documentação a Auditoria analisou e assim considerou:

"Não nos é possível, contudo, contestar ou confirmar os quantitativos indicados na planilha de medição, tendo em vista o tempo decorrido. Assim, a rigor a SPTrans comprovou nesta oportunidade a reparação do equívoco cometido na medição de março/2004, apresentando um documento que a Auditoria já havia cobrado em manifestação produzida em julho/2005, ou seja, há mais de onze anos."

A despeito de restar demonstrada a efetivação do estorno na medição de abril de 2004, a demora por mais de 12 (doze) anos para a Origem apresentar o competente documento, somente corrobora o fundamento constante dos votos acerca da deficiência dos controles e pagamentos com potencial prejuízo ao Erário, ponto não enfrentado nos recursos interpostos e motivo suficiente para manter decisão quanto à irregularidade da presente execução contratual, conforme bem analisado nos pareceres elaborados pela Assessoria Jurídica de Controle Externo e pela Secretaria Geral.

Ante todo o exposto e à vista das conclusões alcançadas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, pela Assessoria Jurídica de Controle Externo e pela Secretaria Geral, cujos fundamentos acrescento às razões de decidir, CONHEÇO dos RECURSOS interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela São Paulo Transporte S.A – SPTrans em ambos os processos (TCs 847/2004 e 2454/2004), uma vez que presentes os requisitos de admissibilidade.

Quanto aos Recursos oferecidos nos autos do TC 847/2004, NO MÉRITO, NEGO-LHES PROVIMENTO, mantendo-se na íntegra o Acórdão recorrido, que considerou irregular o Contrato 2003/118.

No tocante aos Recursos apresentados no TC 2454/2004, NO MÉRITO, DOU-LHES PARCIAL PROVIMENTO, para o fim de:

1 - excluir do Acórdão recorrido:

1.1 - o fundamento de que não foram trazidos elementos quanto ao estorno dos serviços lançados indevidamente na medição de março/2004;

1.2 - a determinação para a SPTrans adotar as medidas visando ao ressarcimento dos valores pagos na medição de março de 2004, uma vez

que a Origem demonstrou a realização do correspondente estorno na medição do mês subsequente.

No mais, ficam mantidos os termos do Aresto recorrido, que considerou irregular a execução do Contrato 2003/118, no período auditado.

OFICIE-SE o Ministério Público do Estado de São Paulo, em atenção às diversas solicitações encaminhadas a este Tribunal de Contas, para o fim de informar o resultado do julgamento alcançado pelo Pleno, acompanhado de cópia do relatório e voto e, oportunamente, dos Acórdãos a serem prolatados em ambos os processos (TCs 847/2004 e 2.454/2004).

Intimem-se os Recorrentes, a empresa Contratada, os Signatários do ajuste e os agentes públicos indicados no TC 2454/2004.

VOTO EM SEPARADO ENGLOBADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

CONHEÇO DOS RECURSOS ORDINÁRIOS apresentados pela SPTRANS e pela Procuradoria da Fazenda Municipal, posto que presentes os requisitos de admissibilidade.

No mérito, em consonância com voto por mim proferido por ocasião do julgamento original da matéria, comungo do entendimento expresso nas razões recursais relacionado à compatibilidade do objeto do Contrato 2003/118 com a Ata de Registro de Preços 002/SMSP/COGEL/2003. Reafirmo, ora em grau recursal, meu entendimento no sentido de que os serviços contratados referem-se à manutenção da infraestrutura instalada, na medida em que cuidaram exclusivamente de recuperação de infraestrutura com eventuais criações ou alterações de um determinado "*Corredor de Ônibus"*, o que, tecnicamente, não implica em obra nova, nem tampouco em serviços de maior complexidade.

Nesse sentido, conforme voto proferido nestes autos, bem como também nos TCs 4628/2003, 4854/2004, 5811/2004, 6666/2004, 1218/2005, considero que os serviços de reordenação do fluxo de tráfego com a definição de faixa para transporte coletivo dentro do sistema municipal de transportes, então desenvolvido, devem ser entendidos como comuns e habituais para fins de enquadramento aos ditames legais que regulam o sistema de registro de preços.

Da mesma forma, pontuo que as intervenções a título de manutenção são sempre necessárias e previsíveis, porém, não necessariamente mensuráveis de antemão com precisão, havendo, portanto, estimativas que possuem, como solução contratual mais adequada, o emprego de uma Ata de Registro de Preços, como, no caso em tela.

Em relação a eventuais itens de serviço extracontratuais que foram aditados aos contratos, amparados pelo artigo 65 da Lei Federal 8.666/93,

observa-se que para definição de seu custo unitário foram utilizadas tabelas oficiais da Prefeitura, e ocorreram estritamente no âmbito de cada contrato, sem alteração da Ata de Registro de Preços que os originou.

Nessa medida, em sendo necessário o refazimento ou recomposição de um equipamento para fins de manutenção, permaneceram os itens de serviços limitados ao conceito de manutenção, e atrelados ao projeto original existente. Dessa forma, o apontamento deve ser afastado, por, novamente, não restar caracterizada a existência de obra nova. Quanto à execução contratual, considero que as justificativas da Origem são suficientes para afastar as impropriedades inicialmente anotadas, posto que decorrentes da imprevisibilidade inerente aos serviços de manutenção.

Acrescente-se a isso a comprovação, trazida em sede recursal pela Origem, de que houve o estorno dos serviços indevidamente lançados na 3ª medição.

Diante do exposto, mantenho o entendimento externado nos julgamentos anteriores, **DANDO PROVIMENTO** aos Recursos Ordinários ora examinados para **JULGAR REGULAR** o Contrato 2003/118 e sua respectiva execução.

1º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente ROBERTO BRAGUIM, após determinação de Sua Excelência, na 2.828ª S.O., para que lhe fossem conclusos a fim de proferir voto de desempate. Naquela sessão, votaram os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, DOMINGOS DISSEI – Revisor, EDSON SIMÕES e JOÃO ANTONIO.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor e EDSON SIMÕES, ambos com voto proferido em separado, votando o Conselheiro Presidente ROBERTO BRAGUIM para efeito de desempate, com fundamento no artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Casa, em julgar irregular a execução do ajuste no período e valores auditados, considerando que na medição de março/2004 foram apropriados serviços não atinentes ao objeto do Contrato 118/2003 e que foram executados por meio de subcontratação, contrariando cláusula do ajuste, sendo certo que não foram trazidos elementos capazes de comprovar a reparação do equívoco, qual seja, o seu estorno, na medição de abril/2004.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos mesmos votos, em não aceitar os efeitos financeiros e patrimoniais produzidos, determinando a remessa de ofício à São Paulo Transporte S.A. – SPTrans para que adote as medidas cabíveis ao ressarcimento dos valores pagos na medição de março de 2004, não atinentes ao objeto da avença, devidamente corrigidos.

Vencidos os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, nos termos do relatório e voto, e JOÃO ANTONIO, que julgaram regular a execução no período examinado, relevando as impropriedades constatadas.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o envio de cópia deste Acórdão ao Ministério Público do Estado de São Paulo.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, EDSON SIMÕES e JOÃO ANTONIO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 23 de setembro de 2015.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente, com voto

DOMINGOS DISSEI
Conselheiro Revisor prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do § 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte

RELATÓRO ENGLOBADO

Trago a julgamento a análise do Contrato 18/2003, derivado da utilização da Ata de Registro de Preços 02/SMSP/COGEL/2003, originada da CP 017SMSP/COGEL/2003, bem como a de sua execução contratual, TCs 847/04-19 e 2.454/04-77, respectivamente, tendo por objeto a contratação de serviços de manutenção civil no corredor de ônibus Nove de Julho/Santo Amaro, tendo como interessados a SPTrans e a empresa Araguaia Engenharia Ltda.

Sobre o ajuste em julgamento, os pareceres da Auditoria e da AT-Engenharia abordaram algumas infringências de natureza formal, bem como a irregularidade relacionada à existência de vício insanável na licitação que deu origem às Atas utilizadas, em decorrência da incompatibilidade do objeto do contrato com o Sistema de Registro de Preços, questão esta de maior relevância, e que foi remetida

ao entendimento dos Órgãos Técnicos já consignados nos referidos autos do TC 4.628.03-46, que cuidou da análise da CP 017SMSP/COGEL/2003.

Instada a se manifestar, a D. Assessoria Jurídica de Controle Externo manifestou opinião já externada por ocasião da análise da referida Concorrência 17/SMSP/COGEL/2002 no sentido de que os serviços contratados não seriam habituais ou rotineiros, confrontando assim com o artigo 3º da Lei Municipal 13.278/02, e, portanto, devendo o ajuste ser julgado irregular por acessoriedade.

Com a intimação dos interessados, foram apresentadas as defesas da Origem (fls. 333/354), do Sr. Gerson Luis Bittencourt (fls. 355/383), do Sr. Eliel Rodrigues Martins (fls. 384/394) e da Contratada (fls. 395/410).

Analisados os esclarecimentos, os Órgãos Técnicos mantiveram as conclusões iniciais pela irregularidade.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, apropriando-se dos esclarecimentos oferecidos pelos interessados, reiterou a ausência de irregularidade e de prejuízo ao erário nos ajustes em exame, bem como a inexistência de dolo ou má-fé dos agentes públicos envolvidos, propugnando pela regularidade dos contratos.

Encerrando a instrução processual da análise do contrato, a Secretaria Geral acompanhou os Órgãos Técnicos preopinantes pela irregularidade do instrumento.

Não obstante a instrução relatada, por maioria de votos, este Tribunal entendeu diferentemente, julgando regulares a Concorrência 17/SMSP/COGEL/2002, a Ata de Registro de Preços 003/SMSP/03 e o Contrato 10/SP-IQ/SF/2003, afastando, por consequência, as irregularidades então anotadas, pelo que, por medida de economia, deixo de repetir cada uma delas neste relatório.

Por derradeiro, em relação ao Acompanhamento da Execução do Contrato (TC 2.454.04-77), não obstante a irregularidade decorrente do ajuste principal, houve também destaque para questão relacionada à medição de Março de 2004, quando foram apropriados serviços não atinentes ao objeto do Contrato 2003/118, serviços esses executados por subcontratação, contrariando a cláusula 12.2 do ajuste.

Após a oitiva da D. Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE, foram apresentadas justificativas pelo presidente da SPTrans, à época, Sr. Gerson Luis Bittencourt (fls. 137/231), por Eliel Rodrigues Martins (fls. 279/281) e pela empresa Araguaia (fls. 282/286) e demais interessados.

Os Órgãos Técnicos, em nova manifestação, ratificaram os pareceres pela irregularidade da execução.

A Procuradoria da Fazenda Municipal pugnou pela sua regularidade, ou, em caso de entendimento diverso, que fossem aceitos os efeitos financeiros e patrimoniais decorrentes.

A Secretaria Geral acompanhou os órgãos técnicos pela irregularidade da execução contratual, no período examinado de 01/05/2004 a 31/05/2004.

É o Relatório.

VOTO ENGLOBADO

Reitero o voto por mim proferido quando do julgamento dos TCs 4.858.04-87, 4.628.03-46, 5.811.04-59 e 1.218.05-60 entendendo serem compatíveis os serviços licitados com o sistema de registro de preços, na forma veiculada pela Concorrência 17/SMSP/COGEL/2002, ocasião em que julguei regulares as Atas dela decorrentes e respectivos ajustes.

Esse entendimento, aliás, foi confirmado por esta Corte quando da apreciação do TC 4.628/03-46, julgando, em grau de recurso, regulares a Concorrência 17/SMSP/COGEL/2002, a Ata de Registro de Preços 003/SMSP/03 e o Contrato 10/SP-IQ/SF/2003, afastando, por consequência, apontamentos então consignados pelos órgãos técnicos, os quais, por medida de economia, deixo de pontuar neste voto.

Conforme já deduzido, não se pode afastar de forma absoluta o registro de preços para as situações de manutenção de infraestrutura instalada, pois uma vez implantada, requer (1) a disponibilidade operacional para sua manutenção e (2) que essas ações mantenedoras sejam pautadas segundo um plano de gerenciamento que leve em conta os registros históricos das demandas de recuperação do sistema instalado, parâmetros que se identificam plenamente com o Sistema de Registro de Preços. Também não se há que argumentar que os serviços contratados deveriam ser objeto de licitação específica, precedida de projeto de engenharia, vez que a manutenção, enquanto tal, seguirá o projeto original já existente. Ademais, não vislumbro problemas em constar na definição dos custos das soluções de manutenção e restauração alguns itens de serviço que, eventualmente, se apresentem também em composições ou tabelas destinadas à contratação de obra nova, na medida em que, se foram executados quando da implantação do equipamento, e, se necessário for o seu refazimento ou recomposição para fins de manutenção, esses itens deverão ser novamente utilizados para tal finalidade.

O mesmo se diga quanto aos itens remanescentes das tabelas de preços utilizadas oficialmente pela Prefeitura de São Paulo quais sejam: Tabela de SIURB e EDIF acrescidos da taxa final ofertada na licitação dependendo da anuência da detentora, conforme previsão em item próprio da Ata de Registro de Preços 02/SMSP/COGEL/2003.

Tais intervenções serão sempre necessárias e previsíveis, porém, imensuráveis de antemão, pela própria característica dos serviços de manutenção, pois, apesar da existência de um inventário e de um plano de manutenção, têm como quantitativos e localização das intervenções fatores sempre fundamentados em simples estimativas.

Assim, sem maiores delongas, considerando que a matéria já foi exaustivamente tratada por esta Corte, e em coerência com entendimento já externado por mim nessas ocasiões, meu voto é pela regularidade do ajuste em exame.

Por sua vez, no que tange ao Acompanhamento parcial da Execução do Contrato 118/2003, realizado durante o mês de maio 2004, entendo aceitáveis as justificativas apresentadas pela Origem, anotando que não há nos autos constatação da Auditoria de que os serviços desenvolvidos no período deixaram de ser executados, ou encontravam-se incompatíveis com os constantes do Memorial Descritivo vinculado ao ajuste, sendo que as inconsistências anotadas, em meu entender, remetem à própria imprevisibilidade das intervenções nos serviços de manutenção.

Por esta razão, relevo os apontamentos formalizados, anotando, ademais, que o julgamento deve levar em consideração o fato de que o acompanhamento em análise se deu em prazo exíguo da execução das obras, e não após sua total conclusão, o que inviabiliza um resultado conclusivo efetivo sobre sua adequada execução como um todo.

À vista do exposto, VOTO PELA REGULARIDADE do Contrato 118/2003, bem como de sua execução no período examinado, relevando as impropriedades anotadas. Oficie-se o Ministério Público do Estado de São Paulo, encaminhando-se cópia da Decisão proferida, em atenção aos ofícios encartados aos respectivos processos. (2.828 S. O.).

VOTO EM SEPARADO ENGLOBADO proferido pelo Conselheiro Domingos Dissei

Senhor Presidente, meu voto é em sentido contrário ao voto do Nobre Conselheiro Relator:

1. Como se infere dos autos, os serviços contratados não se caracterizam como de utilização habitual e rotineira, para os quais não se poderia prever o exato quantitativo a ser demandado pela Administração ou cujas quantidades e periodicidades tivessem que ser definidas em função de necessidade futura.

2. Na verdade, os serviços, em sua grande maioria, eram previsíveis e se enquadravam naqueles que exigem a execução previa de projetos de engenharia para definição qualitativa e quantitativa para a sua contratação.

3. Como bem apontado nos pareceres dos órgãos técnicos e especializados deste Tribunal, o objeto contratado não poderia ser considerado de utilização frequente, nem padronizado e nem imprevisível, não reunindo, portanto, os requisitos necessários para utilização de Ata de Registro de Preços.

4. No que diz respeito à Execução Contratual, verificou-se que, na medição de março/2004, foram apropriados serviços não atinentes ao objeto do Contrato 118/2003 e que foram executados por meio de subcontratação, contrariando cláusula do ajuste, sendo certo que não foram trazidos elementos capazes de comprovar a reparação do equívoco, qual seja, o seu estorno, na medição de abril/2004.

5. Essas são as razões que me levam a acompanhar as manifestações da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral desta Corte de Contas, que ficam incorporadas neste voto, e julgar irregulares o Contrato 118/SPTRANS/2003, e sua Execução no período e valores auditados, não aceitando os efeitos financeiros e patrimoniais produzidos.

6. Proponho a remessa de ofício à Origem para que adote as medidas cabíveis ao ressarcimento dos valores pagos na medição de março de 2004, não atinentes ao objeto do 118/2003, devidamente corrigidos. (2.828ª S. O.).

VOTO EM SEPARADO ENGLOBADO proferido pelo Conselheiro Edson Simões

Acompanho o voto do Conselheiro Revisor Corregedor Domingos Dissei pela irregularidade do contrato e sua respectiva execução, em decorrência, dentre outros fatores, da total incompatibilidade entre o objeto contratado em relação ao objeto da Ata de Registro de Preços (ofensa ao artigo 2º da Lei Federal 8.666/93) apontada pela Auditoria, Assessoria Jurídica e Secretaria Geral, cujos argumentos incorporo ao presente voto.[1]

Depois de analisadas as justificativas apresentadas pela Origem e os argumentos de defesa, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle manteve a sua conclusão pela irregularidade do Contrato em razão das seguintes infringências:

[1] O Conselheiro Revisor Corregedor Domingos Dissei julgou irregulares o contrato e sua respectiva execução, com fundamento nas seguintes razões: "Como se infere dos autos, os serviços contratados não se caracterizam como de utilização habitual e rotineira, para os quais não se poderia prever o exato quantitativo a ser demandado pela Administração ou cujas quantidades e periodicidades tivessem que ser definidas em função de necessidade futura. Na verdade, os serviços, em sua grande maioria, eram previsíveis e se enquadravam naqueles que exigem a execução previa de projetos de engenharia para definição qualitativa e quantitativa para a sua contratação. Como bem apontado nos pareceres dos órgãos técnicos e especializados deste Tribunal, o objeto contratado não poderia ser considerado de utilização frequente, nem padronizado e nem imprevisível, não reunindo, portanto, os requisitos necessários para utilização de Ata de Registro de Preços."

a) incompatibilidade entre o objeto contratado em relação ao objeto da Ata de Registro de Preços (ofensa ao artigo 2º da Lei Federal 8.666/93);

b) ausência dos requisitos legais expressos no artigo 26 do Decreto Municipal 41.772/02, tendo em vista que os serviços contratados não são habituais e rotineiros;

c) majoração dos preços unitários pela adoção de procedimentos não previstos em contrato, contrariando o item 3.1 da Ata de Registro de Preços;

d) incompatibilidade entre os quantitativos estimados no Edital e as previsões reais dos projetos básicos ou executivos específicos (ofensa ao artigo 7º, § 4º da Lei Federal 8.666/93);

e) ausência de autuação do procedimento administrativo (afronta ao art. 2º do Decreto Municipal 41.772/02 e ao art. 38 da Lei Federal 8.666/93).

Salientou a Assessoria Jurídica de Controle Externo que o contrato ora analisado resulta de Ata de Registro de Preços decorrente de procedimento licitatório julgado irregular por este Egrégio Tribunal de Contas do Município no TC 4.628/03-46 (Relator Cons. Edson Simões), em sessão realizada em 18 de agosto de 2010, acrescentando ainda: “A nosso ver, o registro de preços de uma série de itens sem determinação do que seria necessário retrata má definição do objeto e compromete a regularidade do procedimento.

O sistema de registro de preços não é compatível com obras e serviços de engenharia que dependam de projeto básico específico, a exigir planejamento individual, tal como acabou por ocorrer no presente caso, em que houve necessidade de apresentação dos elementos técnicos imprescindíveis para o cumprimento da execução pretendida. (...)

Os argumentos apresentados nas defesas não são capazes de descaracterizar a natureza das atividades contratadas, as quais, como demonstrado, não pertencem ao objeto da Ata de Registro de Preços utilizada. Verifica-se, pois, a disparidade entre os objetos, em evidente afronta aos artigos 2º e 41 da Lei Federal 8.666/93, que cristalizam a obrigatoriedade da licitação e o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, aplicáveis a todos os contratos administrativos, inclusive àqueles resultantes de atas de registros de preços. (...)

Sendo assim, muito embora o objeto da ata seja excessivamente abrangente, o que é discutível do ponto de vista de sua legalidade, restou demonstrado que o serviço contratado não encontra respaldo na ata de registro de preços utilizada.”(fls. 430).”

O referido Acórdão foi reformado, em sede de recurso, por maioria de votos (ocasião em que o Conselheiro Roberto Braguim manteve a decisão recorrida de Relatoria do Cons. Edson Simões)[2].

A Secretaria Geral, na esteira das manifestações da Auditoria e da Assessoria Jurídica, posicionou-se pela irregularidade do Contrato. Conforme se infere da instrução, os serviços contratados não se caracterizam como de utilização habitual e rotineira, na forma da legislação municipal.

Nos termos do parecer da Coordenadoria V: "os serviços licitados, em sua grande maioria, não se enquadram na categoria de serviços comuns, ou seja, aqueles que não exigem habilitação especial para sua execução e que podem ser executados por qualquer pessoa ou empresa, por não serem privativos de nenhuma profissão ou categoria especial.

Além disso, os serviços licitados não podem ser considerados de uso habitual ou rotineiro, para os quais não se possa prever o exato quantitativo a ser demandado pela Administração e cujas quantidades e periodicidades de contratação tenham que ser definidas em função de conveniência futura da Administração.

Ao contrário, esses serviços, na sua grande maioria, são previsíveis e se enquadram naqueles para os quais a legislação pertinente exige a execução prévia de projetos de engenharia para defini-los qualitativa e quantitativamente e, principalmente, para a contratação dos mesmos."

Quanto a este ponto, alegaram as defesas que o artigo 3º da Lei Municipal 13.278/02 permite a contratação de "quaisquer serviços" pelo sistema de registro de preços e, ainda, que o indigitado dispositivo legal refere-se tão-somente à frequência com que os serviços são contratados. Aduziram, ademais, que o fato de serviços de engenharia demandarem prévia elaboração de projeto não descaracteriza sua habitualidade e, portanto, não inviabiliza contratações pelo sistema de registro de preços.

[2] Em sede de recurso, a decisão recorrida foi alterada para o fim de tornar regulares a Licitação e a Ata de Registro de Preços, por maioria de votos (Conselheiros João Antonio, Maurício Faria e Domingos Dissei), vencido o Conselheiro Roberto Braguim que negou provimento aos recursos, mantendo o Acórdão que julgou irregulares o certame e a Ata de Registro de Preços dela decorrente, em razão do seguinte: "Quanto à Concorrência e à Ata de Registro de Preços, o julgamento considerou as seguintes irregularidades: 1) Os serviços licitados, em sua grande maioria, não se enquadram na categoria de serviços comuns e não podem ser considerados de uso habitual ou rotineiro; 2) Esses serviços, na sua grande maioria, são previsíveis e se enquadram naqueles para os quais a legislação pertinente exige a execução prévia de projetos de engenharia para defini-los qualitativa e quantitativamente e, principalmente, para a contratação dos mesmos; 3) A previsão de que projetos com objetos mais específicos, que poderão exigir a utilização de todos os demais itens constantes do Anexo III (Tabelas da Prefeitura), não são pertinentes ao sistema de registro de preços. Com relação ao contrato, decidiu-se pela sua irregularidade, visto que em desacordo com a legislação, uma vez que os serviços nele compreendidos deveriam ter sido objeto de licitação específica, precedida da execução e definição do projeto de engenharia e que, ainda, foi constatada a adoção no orçamento contratual de uma verba para canteiro de obras de 1% (um por cento) dos custos diretos, que não estava prevista no edital e não foi justificada nos autos."

No entanto, conforme a Auditoria e a Assessoria Jurídica - que amparam os seus pareceres no posicionamento adotado pelo Tribunal de Contas da União sobre o assunto- a correta aplicação do instituto exige que o uso habitual e rotineiro seja qualificado pela padronização e imprevisibilidade da necessidade de contratação, nos termos do artigo 26 do Decreto 44.279/03. "Art. 26. Poderão ser objeto de registro de preços os materiais e os serviços, considerados de uso habitual ou rotineiro, para os quais não se possa prever o exato quantitativo a ser demandado pela administração, em especial quando houver:

> I – necessidade de contratações frequentes, ou;
> II – conveniência de entregas parceladas, ou;
> III – necessidade de atendimento a mais de um órgão ou entidade."

O mesmo entendimento é asseverado por Marçal Justen Filho[3]·:

> *"É evidente que somente se admite a adoção do Sistema de Registro de Preços para contratações frequentes do mesmo objeto, relacionadas a necessidades permanentes e renováveis. A hipótese pode apresentar configurações diversas em face de compras e de serviços. No tocante a compras, o registro de preços destina-se àqueles casos em que o objeto adquirido é consumido ou se exaure em breve espaço de tempo, gerando necessidade de novas aquisições. Assim se passa com alimentos, medicamentos, vestuário, material de consumo e assim por diante. Quanto a serviços, a hipótese apresenta contornos um pouco diversos. É que se admite a contratação de serviços continuados por determinado período de tempo, o que significa que a necessidade permanente da Administração não será atendida pelo registro de preços, mas por meio de contrato de execução continuada. A solução do registro de preços, no tocante a serviços, relaciona-se com necessidades homogêneas quanto ao objeto, mas que não possam ser predeterminadas."*

Sendo assim, uma vez que as obras contratadas não podem ser consideradas frequentes, nem padronizadas e nem imprevisíveis, os serviços não reúnem as condições necessárias à utilização da Ata. Com efeito, a elaboração dos projetos básicos evidencia a previsibilidade dos serviços contratados, que, nos termos da legislação pertinente, deveriam ter sido contratados após o regular procedimento licitatório, eis que como obras de engenharia, não comportam padronização.

[3] (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, p. 153)

Destarte, resta comprovada a irregularidade do contrato, pela ausência das características de padronização e imprevisibilidade que qualificam os requisitos legais referentes ao uso habitual e rotineiro.

De outra parte, a Auditoria manteve a irregularidade na alteração do valor total da planilha orçamentária contratual de R$ 5.994.207,24 (cinco milhões, novecentos e noventa e quatro mil, duzentos e sete reais e vinte e quatro centavos) para R$ 7.319.346,95 (sete milhões, trezentos e dezenove mil, trezentos e quarenta e seis reais e noventa e cinco centavos), pois, no seu entendimento: "essa alteração resultou da majoração de todos os preços contratuais pela adoção de procedimentos não previstos no Contrato, dos quais citamos: Adoção de preços unitários da Tabela de SIURB com data-base Janeiro/2003; Adoção de preços unitários compostos a partir de cotações de preços junto a empresas no mercado e/ou utilizando-se de preços de insumos e valores de mão de obra extraídos de publicações especializadas (data-base julho/2003, principalmente)."

Finalmente, constatou-se que os quantitativos estimados são inconsistentes em relação aos projetos apresentados, conforme anotação da Auditoria à folha 284: "... os itens de serviço e seus respectivos quantitativos previstos na Ata de Registro de Preços não guardam nenhuma relação com os itens de serviço e respectivos quantitativos contratados, contrariando assim o § 4º do art. 7º da Lei Federal 8.666/93."

Tal assertiva foi evidenciada pela comparação entre os itens das planilhas que dizem respeito ao contrato, juntadas às fls. 25/33 e aquelas correspondentes à Ata de Registro de Preços, acostadas às fls. 45/69.

Merece destaque a posição adotada pela Assessoria Jurídica desta Corte à folha 291: "No que toca aos quantitativos, também esteados na manifestação da Engenharia, entendemos que, ainda que o Sistema de Registro de Preços admita a extrapolação da estimativa prevista na respectiva Ata, a estimativa deve ser feita tendo em vista a demanda da Administração, sob pena de comprometimento da economia de escala e, consequentemente, do princípio da economicidade."

Não obstante a inexistência de vedação legal expressa com relação à utilização da Ata de Registro de Preços existente no Município por órgãos que não tenham manifestado interesse em participar quando da realização da licitação (os "caronas"), o uso sem limites mostra-se prejudicial ao interesse público. Isso porque, o Sistema de Registro de preços visa propiciar à Administração Pública maior agilidade nas contratações em que tal procedimento se mostre vantajoso, atendendo aos princípios da eficiência e economicidade.

Ocorre que, mesmo sem garantia de que a contratação prevista seja levada a efeito, a distorção dos quantitativos previstos acaba por aniquilar os objetivos visados por tal procedimento. O direito de preferência no fornecimento ou prestação, conferido ao vencedor da licitação, enseja que o proponente diligente e de boa-fé elabore proposta baseada nos quantitativos

previstos pela administração. Disto decorre, conforme pontuado pela Auditoria, "uma das mais importantes vantagens do sistema de registro de preços, a economia de escala.

Assim, quanto maior a quantidade, menores os preços ofertados. Igualmente, grandes alterações de quantitativos previstos revelam infringência ao princípio do planejamento, cristalizado pela Constituição Federal, em seus artigos 165 a 169, bem como pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/00)."

Nesse sentido, comenta o professor Marçal Justen Filho:

> *"O princípio da isonomia impõe que todos os potenciais interessados tomem ciência da extensão das contratações que a Administração pretende realizar. Não é possível que uma licitação aparentemente irrelevante, que não desperta atenção e competição entre os empresários do setor, seja transformada em uma fonte inesgotável de contratações para o licitante que a venceu. O princípio da economicidade acarreta vedação a licitações cuja indeterminação de limites afugentam os empresários sérios e responsáveis. A ausência de fixação de limites máximos representará um risco muito sério para interessados cuja capacidade de fornecimento for restrita e delimitada."*

No entanto, consoante ponderou a Coordenadoria V, "é ainda mais grave a constatação de que a contratação em desacordo com a Ata significa que certos serviços não se submeteram ao procedimento licitatório, infringindo o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal."

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro4:

> *"(...) a própria licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração Pública. Ela é uma decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público".*

Sendo assim, restou demonstrado que o serviço contratado não encontra respaldo na ata de registro de preços utilizada, nem quanto aos itens, nem quanto às quantidades contratadas, ferindo os dispositivos supramencionados.

[4] (Direito Administrativo, Ed. Atlas, 14ª Ed. p. 301)

Quanto à Execução contratual tratada no TC 2.454.04, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu por sua irregularidade em decorrência das seguintes constatações:

1 - Na medição de Março de 2004, foram apropriados serviços não atinentes ao objeto do Contrato 2003/118, serviços esses executados por subcontratação, contrariando a cláusula 12.2 do ajuste. Embora a SPTrans reconheça a incorreção apontada, não foram trazidos elementos (cópias documentais) capazes de comprovar a alegada reparação do equívoco, qual seja, seu estorno na medição de abril de 2004.

2- Os serviços cuja evolução física foi observada durante o mês de Maio de 2004, para a readequação do corredor de ônibus na Avenida 9 de Julho, entre o Túnel Daher Cutait e a Rua Groenlândia, foram referentes aos Contratos nos 2004/003 e 2004/114, não tendo sido apropriados no Contrato 2003/118, objeto da fiscalização procedida, restando prejudicada a verificação.

3- Os serviços realizados na obra, trecho e período referidos, são atinentes aos Contratos nos 2004/003 e 2004/114. Assim, a verificação quanto à sua adequação às especificações do Contrato 2003/118 (ora sob julgamento), objeto da Ordem de Serviço 6.5.4.0181/04, torna-se desprovida de sentido técnico.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral acompanharam as conclusões alcançadas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle. Diante de todo o exposto, com amparo nas manifestações unânimes da Subsecretária de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, cujos fundamentos adoto como razões de decidir JULGO IRREGULARES o Contrato 2003/118 e a respectiva Execução Contratual, deixando de aceitar os efeitos financeiros atinentes ao período e valores auditados, uma vez que, apesar do tempo decorrido, não há elementos nos autos ou apontamentos da Auditoria comprovando que os serviços foram de fato realizados e pagos nos termos pactuados e, também, em razão da ausência de documentos apresentados pela Origem capazes de comprovar o estorno na medição de abril de 2004 dos serviços não atinentes ao objeto do Contrato 2003/118 (2.828ª S.O.).

VOTO DE DESEMPATE ENGLOBADO proferido pelo Conselheiro Presidente Roberto Braguim

Na Sessão Ordinária nº 2.828, foram levados a julgamento, de forma englobada, os TC's n.ºs 72.000.847/04-19 e 72.002.454/04-77, que tratam, respectivamente, da análise do Contrato nº 2003/118, firmado pela São Paulo Transporte S.A. – SPTrans e Araguaia Engenharia Ltda, objetivando a prestação de serviços de manutenção civil corretiva e preventiva no corredor de ônibus Nove de Julho/Santo Amaro, no valor de R$ 5.994.207,24 (cinco milhões, novecentos e noventa e quatro mil, duzentos e sete reais e vinte e quatro centavos) e do Acompanhamento de sua Execução.

Em tal oportunidade, verificou-se empate nos votos prolatados, na forma que resumidamente segue.

De um lado, o nobre Conselheiro Relator Maurício Faria julgou regulares o Contrato e sua execução, por considerar que não houve vício na Licitação que deu origem à Ata de Registro de Preços da qual decorre o presente Ajuste, uma vez que nos autos do TC n.º 4.628/03-46 este Tribunal já decidiu, em sede recursal, pela regularidade da Concorrência n.º 17/SMSP/COGEL/2002, da Ata de Registro de Preços n.º 03/SMSP/03 e do Contrato n.º 10/SP-IQ/SF/2003; que não há que se argumentar acerca da realização de licitação própria e projeto prévio, pois a manutenção seguirá o projeto original; que não há problemas em constar da tabela de custos itens de serviços que, também, são destinados à obra nova, vez que, para a manutenção, poderá ser necessário o seu refazimento. Na análise da execução do Ajuste, ponderou que ela se deu em curto período de tempo, o que inviabilizaria um resultado sobre a adequada execução do todo; que são aceitáveis as justificativas trazidas pela SPTRANS; que não há notícias de problemas quanto a ela e que as inconsistências anotadas referem-se à imprevisibilidade das intervenções de manutenção. O Relator foi seguido integralmente pelo Conselheiro João Antonio.

O Conselheiro Domingos Dissei, Revisor, julgou irregular a contratação, pois entendeu, entre outras infringências, que os serviços contratados não se caracterizam como de utilização habitual e rotineira e que, na sua maioria, eram previsíveis e exigiam execução de projetos de engenharia para sua contratação, razão pela qual não reuniam requisitos para a utilização da Ata. Também considerou irregular a execução contratual, deixando de aceitar seus efeitos financeiros, pois se constatou a apropriação de serviços estranhos ao Contrato e realizados por subcontratação, e a falta de comprovação da reparação do equívoco. Tais conclusões foram encampadas e reforçadas pelo Conselheiro Edson Simões.

Diante do empate anunciado, nos termos do Regimento Interno desta Corte, necessária se faz a intervenção do Presidente para proferir o voto de desempate, o que agora faço.

Inicio por sublinhar, resgatando informações constantes dos debates, que a Ata de Registro de Preços n.º 02/SMSP/COGEL/2003, suporte do Contrato n.º 2003/118, foi foco do TC n.º 72.004.628/03-46, no amago do qual resultou acolhida, o que torna defeso novo debate sobre ela, especialmente no que pertine à possibilidade de sua utilização nas hipóteses de serviços de engenharia.

Desse modo, esse tema não encontra mais espaço para questionamento nestes autos.

Sendo assim, o que se impõe, agora em sede de desempate, é perquirir em primeiro lugar se a descrição do objeto do contrato se amolda ao que foi registrado.

Com esse referencial e levando em linha de conta as manifestações técnicas constantes dos autos e as que colacionei junto a minha a Assessoria, estou convencido de que a resposta apresenta-se negativa.

Efetivamente, como decorre dos autos, o objeto ajustado cuida de obra plenamente definida e quantificada para a remodelação do corredor de ônibus Nove de Julho/Santo Amaro, no trecho entre o Túnel Daher E. Cutait e a Rua Groelândia, numa extensão de 1.970,95m com o fito de transformar dito corredor em um chamado "Passa Rápido". Tal objeto não se coaduna com os termos da ARP da qual deriva, uma vez que esta previa, de modo específico, a realização de serviços de manutenção, reparação corretiva e preventiva, adaptações e renovação de forma a retomar as condições de quando foi construído.

E, como bem apontado pelos Técnicos Especializados dessa Corte as intervenções efetivadas não se caracterizam como medidas de conservação ou reparos, nem de complementação, mas sim, trata-se de obra nova que, inclusive, necessitaria de prévia elaboração de projeto básico específico, com quantificações precisas e indispensáveis, razão pela qual, entendo que houve a desvinculação do objeto contratado em relação ao Instrumento que lhe deu origem, contrariando o artigo 3º[5] da Lei n.º 8.666/93, e sem observância dos ditames do parágrafo 2º[6] do artigo 7º do mesmo diploma.

Pelos mesmos motivos os itens de serviços e quantitativos contratados não guardam relação com os previstos na Ata de Registro de Preços, afrontando o parágrafo 4º[7] do artigo 7º da Lei de Licitações.

Afora este obstáculo de cunho prejudicial, outras irregularidades foram anotadas nos autos.

---

[5] Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

[6] Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:
I - projeto básico;
II - projeto executivo;
III - execução das obras e serviços.
...
§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:
I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;
II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;
III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;
IV - o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o art. 165 da Constituição Federal, quando for o caso.

[7] § 4º É vedada, ainda, a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo.

Nesse âmbito, constatou-se que a tabela orçamentária de fls. 175/182 não atendeu o estabelecido no item 3.1 da ARP, que veda o reajustamento dos preços antes de completar 1 (um) ano de sua vigência, além de ter nela incluídos itens não previstos, tendo como consequência a majoração do valor total da planilha de R$ 5.994.207,24 (cinco milhões, novecentos e noventa e quatro mil, duzentos e sete reais e vinte e quatro centavos) para R$ 7.319.346,95 (sete milhões, trezentos e dezenove mil, trezentos e quarenta e seis reais e noventa e cinco centavos.

E, por fim, matéria que é constantemente debatida nesta E. Corte e foi apontada pela SFC, conforme mencionou o Conselheiro Edson Simões em seu Voto, é a falta de autuação de Processo Administrativo. Sobre esse tema já tive a oportunidade de me posicionar diversas vezes, no sentido de que o Procedimento Licitatório inicia-se com a abertura de processo administrativo autuado, protocolado e numerado, assim, a inexistência do processo nestas condições implica a irregularidade do Ajuste por afronta ao artigo 38[8], *caput,* da Lei nº 8.666/93, não fugindo à regra as empresas integrantes da Administração Indireta, que jamais poderão tomar em caráter absoluto sua personalidade privada, visto que a Lei Municipal 13.278/02, em seu artigo 1º, parágrafo único[9], subordina, dentre outros, as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista ao cumprimento da Lei Federal de Licitações.

Volto-me agora ao enfrentamento da questão examinada no TC n.º 72.002.454/04-77 (item II), nesse âmbito como bem observou a Assessoria Jurídica de Controle Externo em seu parecer de fls. 120/125, os problemas verificados por ocasião da Licitação e Contratação geraram reflexos, também, na execução do Ajuste, notadamente no que atine aos contornos do objeto e quantitativos, que não restaram devidamente delineados. Com efeito, apontam os Auditores que, além da utilização da subcontratação – o que é vedado, por força da cláusula 12.2 do Contrato, a SPTrans, em março de 2004, acabou por autorizar a realização de serviços que não se encontravam no escopo do Ajuste. Tal equívoco foi reconhecido pela SPTrans, afirmando que houve a reparação da falha em abril de 2004, porém, não apresentou qualquer documento que comprove que, de fato, isso tenha ocorrido.

Outrossim, não obstante a constatação de que houve evolução física dos serviços no mês de Maio de 2004, certo é que não há documentação de suporte pela qual se possa checar se o Contrato foi fielmente

---

[8] Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

...

[9] Art. 1º - As licitações e os contratos administrativos, no âmbito do Município de São Paulo, sujeitar-se-ão à legislação federal e às normas específicas desta lei.

Parágrafo único - Subordinam-se ao regime desta lei os órgãos da administração municipal direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta e ou indiretamente pelo Município.

executado e seus quantitativos, isto é, não há elementos que fundamentem a medição dos serviços prestados.

O controle deficiente dos serviços executados parece-me que potencializa eventual perda de recursos destinados aos fins contratuais, gerando danos ao Erário, ainda que não se possa quantificar a extensão do prejuízo. Por isso, também deixo de aceitar os efeitos financeiros decorrentes.

Diante do exposto, filio-me à posição adotada pelos Conselheiros Revisor Domingos Dissei e Edson Simões em ambos os TCs em julgamento, por entender que, tanto o Contrato nº 2003/118 como a sua Execução não reúnem condições de acolhimento.

PROCLAMAÇÃO DO RESULTADO

Por terem sido relatados englobadamente os TC's acima mencionados, impende proclamar os respectivos resultados:

I) No TC n.º 72.000.847/04-19: o Tribunal decidiu, por maioria, com voto de desempate do Presidente, julgar **irregular o Contrato nº 2003/118**;

II) No TC n.º 72.002.454/04-77: o Tribunal decidiu, por maioria, com voto de desempate do Presidente, julgar **irregular a Execução do Contrato nº 2003/118, no período analisado, deixando de aceitar os efeitos decorrentes**.